

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
VIVIANÉLI ARAUJO PRESTES

CONTROLE NEOCONSTITUCIONAL PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO  
BRASIL: O CONTROLE COMO MEIO PARA A RELEGITIMAÇÃO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MEDIANTE A GARANTIA DE EFETIVIDADE DOS  
DIREITOS PRESTACIONAIS

CURITIBA  
2016

VIVIANÉLI ARAUJO PRESTES

CONTROLE NEOCONSTITUCIONAL PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO  
BRASIL: O CONTROLE COMO MEIO PARA A RELEGITIMAÇÃO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MEDIANTE A GARANTIA DE EFETIVIDADE DOS  
DIREITOS PRESTACIONAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito do Estado.

Orientadora: Profa. Dra. Angela Cassia Costaldello.

CURITIBA  
2016

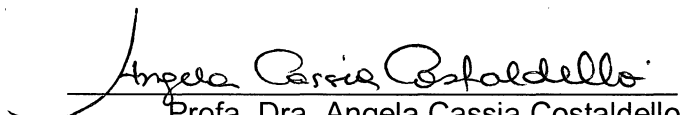
## TERMO DE APROVAÇÃO

VIVIANÉLI ARAUJO PRESTES


### CONTROLE NEOCONSTITUCIONAL PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL: O CONTROLE COMO MEIO PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS PRESTACIONAIS


Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em  
Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências  
Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:

  
\_\_\_\_\_  
Profa. Dra. Angela Cassia Costaldello  
Departamento de Direito Público, UFPR

Membros:

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Thiago Lima Breus  
Setor de Educação Profissional e Tecnológica, UFPR

Curitiba, 11 de março de 2016.

O ensino, como a justiça, como a administração, prospera e vive muito mais realmente da verdade e moralidade com que se pratica do que das grandes inovações e belas reformas que se lhe consagram.

Rui Barbosa

## RESUMO

A atividade de controle, principalmente a atribuída aos Tribunais de Contas pela Constituição Federal de 1988, pode e deve servir para a garantia de direitos. Nesse sentido, o objetivo desta dissertação é indicar a necessidade de repensar o tema do controle da atividade administrativa, para que possa encontrar fundamento no sistema constitucional e num Direito Administrativo relegitimado. Para isso, demonstra-se, com base nas lições da história do direito, que a garantia de direitos não é uma função inerente, natural e imutável do Direito Administrativo, de modo que o vínculo garantista deve ser construído e refundamentado a todo momento e em toda atividade administrativa. A partir disso, evidencia-se a crise do Direito Administrativo clássico e do princípio da legalidade, com a consequente diminuição da legitimidade desse ramo do direito e do poder estatal. Por outro lado, o neoconstitucionalismo, o direito fundamental à boa administração pública (principalmente na sua dimensão objetiva) e o Direito Administrativo garantidor de direitos sociais são apresentados como meios para a recuperação da legitimidade perdida. Nesse contexto, a atividade de controle aparece como meio para reafirmação desse novo Direito Administrativo, revelando-se os Tribunais de Contas como os órgãos eleitos constitucionalmente para ocupar papel central no controle substancial da Administração Pública, principalmente a partir do controle operacional e de legitimidade. A partir da inclusão de novas formas de controle, como a realização de auditorias operacionais e o uso de critérios de fiscalização como a eficiência, a efetividade, a eficácia e a economicidade, também os limites do controle da discricionariedade administrativa sofrem alteração. Assim, dados os instrumentos de reorientação da atividade administrativa pela Constituição Federal aos Tribunais de Contas, tais órgãos devem assumir esse importante papel rumo à garantia efetiva dos direitos prometidos constitucionalmente.

Palavras-chave: Controle. Direito Administrativo. Tribunal de Contas. Origens do Direito Administrativo. Crise do princípio da legalidade. Legitimidade. Neoconstitucionalismo. Direito à boa administração pública. Auditoria. Eficiência.

## **ABSTRACT**

The Control Activity, mainly that attributed to the Court of Audit by the 1988 Federal Constitution, can and should be used to guarantee rights. Accordingly, the aim of this dissertation is to indicate the necessity for a reinterpretation of Administrative Control, so that it may find basis in the Constitutional System and in a re-legitimated Administrative Law. Based on the lessons in Law History, this research demonstrates that the guarantee of rights is not an inherent, natural and unalterable function of Administrative Law. Therefore, the protective bond must be constantly constructed and re-legitimated in every administrative activity. Consequently, the classic Administrative Law crisis and the Legality Principle crisis become evident, resulting, thus, in the decrease of the legitimacy of discipline and State power. On the other hand, Neo-constitutionalism, the fundamental right to good governance (especially in its objective perspective) and the Administrative Law guarantor of social rights are presented as means to recover the lost legitimacy.

In this context, Control activity appears as a means to reassure this new Administrative Law in which the Courts of Audit reveal themselves as government institutions, constitutionally elected to occupy a central role in the substantial Control of Public Administration, mainly through operational control and legitimacy control. In consequence of the inclusion of new Control forms, such as performance auditing and the use of inspection criteria as efficiency, effectiveness and inexpensiveness, the limits of the Control of administrative discretion are also transformed. Inasmuch as the instruments to the reorientation of the administrative activity are provided to the Court of Audit by the Constitution, those institutions should assume such important role, which conducts to the effective guarantee of the constitutionally assured rights.

Key words: Control. Administrative Law. Court of Audit. Legality Principle crisis. Legitimacy. Neo-constitutionalism. Right to good governance. Auditing. Efficiency.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 DAS CONSEQUÊNCIAS CONCRETAS DOS PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A HISTÓRIA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE REFLEXÃO.....</b>	<b>11</b>
2.1 UMA CONTRIBUIÇÃO DA HISTÓRIA DO DIREITO E DE MICHEL FOUCAULT PARA A DESMISTIFICAÇÃO DA GÊNESE DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	13
2.1.1 A história do direito como método hermenêutico de desnaturalização dos institutos do Direito Administrativo .....	15
2.2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO PODER SEGUNDO MICHEL FOUCAULT ..	17
2.2.1 A teoria do poder segundo Michel Foucault .....	17
2.2.2 A inter-relação entre o biopoder foucaultiano e a formação do Direito Administrativo.....	20
2.3 A FALSA POLARIZAÇÃO ENTRE AUTORITARISMO E GARANTISMO NA DISCUSSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO .....	23
2.3.1 O mito garantista da gênese do Direito Administrativo.....	24
2.3.1.1 A história do direito e a revisão do mito garantista - o absolutismo não absoluto do período anterior.....	24
2.3.1.2 A história do direito e a revisão do mito garantista - Democracia e constitucionalismo: a desmistificação de uma união não necessária .....	30
2.4 A ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL .....	33
2.4.1 A influência da Administração Colonial .....	33
2.4.2 A gênese do Direito Administrativo no Brasil do século XVIII.....	37
2.5 A IMPORTÂNCIA DA HISTÓRIA DO DIREITO O PARA O FUTURO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	44
<b>3 DO DIREITO ADMINISTRATIVO QUE TEMOS AO DIREITO ADMINISTRATIVO QUE QUEREMOS.....</b>	<b>47</b>
3.1 A CRISE DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A PERDA DE LEGITIMIDADE DO ESTADO.....	47
3.1.1 Os fundamentos do Estado Liberal e a legitimação conferida pelo Direito Administrativo.....	49
3.1.2 Superação do Estado Liberal e perda da capacidade legitimadora do Direito Administrativo clássico .....	52
3.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO DIANTE DO NEOCONSTITUCIONALISMO .....	60
3.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	67
3.4 O DIREITO ADMINISTRATIVO COMO GARANTIDOR DE DIREITOS .....	76

<b>4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO BRASILEIRA DO CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>78</b>
4.1 A VISÃO CLÁSSICA DO CONTROLE .....	79
4.2 OS PROBLEMAS INERENTES AO CONTROLE TRADICIONAL.....	82
4.3 O CONTROLE REALIZADO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	92
4.3.1 Um breve histórico das competências constitucionais dos Tribunais de Contas.....	93
4.3.2 Critérios constitucionais de fiscalização dos Tribunais de Contas .....	99
4.3.3 O controle dos Tribunais de Contas como forma de garantia de direitos .....	106
4.4 O CONTROLE REALIZADO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS E OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE SOB O ENFOQUE DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	112
4.4.1 As transformações do conceito da discricionariedade administrativa.....	113
4.4.2 O controle da discricionariedade pelos Tribunais de Contas a partir do viés neoconstitucional.....	117
4.4.2.1 Os Tribunais de Contas e o controle de discricionariedade .....	118
4.4.2.2 Discricionariedade e controle: o controle dos Tribunais de Contas como garantia de direitos.....	124
4.4.2.3 Releitura neoconstitucional do controle realizado pelos Tribunais de Contas e implicações para questões tradicionais afetas à discricionariedade .....	134
4.4.3 O controle do Tribunal de Contas como locus por excelência do controle da discricionariedade administrativa .....	150
4.4.3.1 A posição do Poder Judiciário dentro do sistema de controle desenhado pela Constituição Federal.....	150
4.4.3.2 Poder Judiciário e Tribunais de Contas: um comparativo sobre as aptidões para o controle das atividades discricionárias da Administração .....	157
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>161</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>165</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A atuação da Administração Pública brasileira está enfrentando nos dias atuais várias críticas, principalmente no que tange à disparidade entre os gastos realizados e a qualidade das prestações entregues pelo Estado, principalmente no que tange aos serviços públicos essenciais.

Por óbvio, tal problema não pode ser tratado de maneira superficial, pois indica a existência de falhas estruturais na atividade administrativa que têm gerado a perda de legitimidade do próprio poder estatal.

A questão mostra-se ainda mais nefasta quando se percebe que o Direito Administrativo, área do conhecimento que deveria regular as relações entre Estado e indivíduos, tem deixado muito a desejar no que tange à efetiva disponibilização de instrumentos para que a Administração Pública cumpra as promessas contidas na Constituição Federal.

Nesse sentido, a clássica doutrina do Direito Administrativo também está em crise, vez que velhas certezas, como a teoria dos poderes exorbitantes da Administração, da imperatividade e da unilateralidade, têm sido colocadas sob questionamento, pois não são capazes de dar conta de problemas como a insegurança jurídica, o anseio pela melhoria das condições democráticas e a necessidade de garantia da efetividade dos serviços públicos.

Apesar de alguns autores já terem iniciado o movimento pela reconstrução do Direito Administrativo com base nas necessidades dos tempos atuais, preocupa-nos o fato de que as estruturas de controle da atividade administrativa ainda não tenham se orientado no mesmo sentido.

Com efeito, os órgãos de controle podem desempenhar papel-chave nessa mudança, dada a sua capilaridade sobre vários órgãos e entidades da Administração Pública, a possibilidade de exercer coerção sobre eles e a possibilidade de captar e cruzar dados importantes sobre a atividade administrativa.

Com base nisso, portanto, propomos ampliar a discussão da reconstrução do Direito Administrativo também para a atividade de controle, a partir de marcos teóricos já conhecidos pelas outras áreas do direito e do próprio Direito Administrativo, como o neoconstitucionalismo e o direito fundamental à boa administração pública.

Para isso, primeiro enfrentaremos uma questão que já vem sendo debatida pelos teóricos do Direito Administrativo e que tem gerado polêmica, que é saber se tal área do conhecimento pode ser considerada como originariamente vinculada à garantia de direitos.

Saber se tal função é inerente ao Direito Administrativo não é mera questão retórica ou teórica, pois revela de quais interesses esse ramo do direito não pode deixar de cuidar. Em outros termos, não sendo esse um papel próprio e necessário do Direito Administrativo, em todos os seus institutos precisará ser construído inclusive discursivamente, para que não reste em segundo plano no momento de aplicação do direito.

Para essa tarefa de análise das origens do Direito Administrativo, valer-nos-emos das valiosas lições da história do direito, que tanto tem a oferecer no exame crítico dos institutos jurídicos.

Feito isso, será necessário indicar alguns pontos já levantados pela doutrina acerca da necessidade de reconstrução do Direito Administrativo, aprofundando-nos nos estudos do direito constitucional, para que a partir daí consigamos enfrentar a contento a necessária reestruturação do controle da atividade administrativa, identificando quais são as características tradicionalmente atribuídas a ele e por que há a necessidade de se alterarem tais atributos.

Nesse contexto, não teremos como deixar de notar que a Constituição Federal atribuiu papel fundamental aos Tribunais de Contas na atividade de controle da Administração Pública, razão pela qual estudaremos quais são as competências dessas Cortes e por qual razão elas são essenciais para esse novo modelo de controle que se deve desenvolver.

Ainda nessa perspectiva, abordaremos quais são os problemas que a ausência de uma atuação atenta à Constituição pelos Tribunais de Contas tem representado para o Poder Judiciário, utilizando-nos dos estudos que vêm sendo desenvolvidos no âmbito do direito processual civil.

Pelo que aqui expusemos, já se pode entrever que a reconstrução do controle da atividade administrativa depende de uma abordagem interdisciplinar, para que, amparando-se em outras áreas do conhecimento, a atividade administrativa possa apreender a realidade em toda a sua complexidade e, assim, possa dar respostas mais efetivas à sociedade.

De fato, nenhuma atividade administrativa mais pode ser considerada legítima apenas em virtude dos seus próprios fundamentos. Sendo assim, apenas se for capaz de auxiliar a efetiva entrega de prestações e o cumprimento dos direitos previstos constitucionalmente, o controle poderá ser considerado legítimo e encontrará real amparo na Constituição Federal.

## **2 DAS CONSEQUÊNCIAS CONCRETAS DOS PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A HISTÓRIA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE REFLEXÃO**

É comum que os manuais das disciplinas jurídicas possuam sempre no início de seus capítulos uma parte dedicada às origens históricas da matéria que está se começando a estudar.

Essa prática, também observada nos manuais de Direito Administrativo, se por um lado demonstra deferência para com a tradição dos institutos, por outro, acaba muitas vezes se convertendo numa forma de justificar e naturalizar<sup>1</sup> construções jurídicas, pois, dependendo do modo como tais inteiros são construídos, conduzem à ideia de que existe uma evolução histórica que levou à forma mais bem acabada dessas matérias, o que nem sempre é verdade.

A história das disciplinas jurídicas e dos seus institutos, contudo, quando mais bem delineada, pode servir a funções muito mais interessantes academicamente. Com efeito, assim como as demais matérias formativas, a história do direito pode auxiliar no questionamento e na necessária crítica que deve ser feita aos modelos jurídicos vigentes que não mais são capazes de resolver os problemas que se propuseram a resolver.

Nesse sentido, neste primeiro capítulo trataremos das contribuições que a história do direito tem dado ao estudo das origens do Direito Administrativo. Como veremos, os administrativistas discutem hoje a respeito de quais funções, autoritárias ou garantistas, esse ramo juspublicista teria desempenhado em seus primórdios, na passagem do século XVIII ao XIX. Essa discussão, longe de ser desinteressada, reflete posicionamentos muito particulares sobre quais rumos o Direito Administrativo deve seguir, de maneira que a história acaba sendo usada, nesse cenário, como argumento metodológico e até mesmo ideológico na busca de maior poder de convencimento.

O que chama a atenção, entretanto, é que, apesar de os estudiosos do Direito Administrativo estarem discutindo história do direito, são raras as incursões que realmente levam em consideração, a fundo, os estudos dessa outra área. Destarte,

---

<sup>1</sup> Para os fins desta dissertação, utilizaremos o termo “naturalizar” no sentido filosófico, para significar “tornar natural”, “tornar normal”, “tornar explicável”.

o que em geral se vê são jusadministrativistas discutindo sobre história do Direito Administrativo a partir do próprio Direito Administrativo, o que, obviamente, é insuficiente.

Por tais razões, neste primeiro capítulo abordaremos as origens do Direito Administrativo pesquisando as contribuições que a história do direito lhe tem ofertado. Nessa lógica, aproximar-nos-emos de alguns pontos que a história do direito tem logrado desmistificar em desfavor do discurso histórico que dominava até meados do século passado dentro da própria história e que ainda ressoa inquestionável nas outras áreas do conhecimento.

Ao contrário do que possa parecer aos mais dogmáticos, este primeiro capítulo não é uma mera introdução dispensável, que não trataria a fundo do objeto de pesquisa. Não se trata nem mesmo de introdução. Por certo, como se verá, a crise que o Direito Administrativo tem enfrentado nos dias de hoje diz respeito essencialmente às funções que se espera que ele cumpra. Tais funções são as mesmas, *em teoria*, desde os momentos de sua fundação. A prática, contudo, há muito tempo já tornou insuficientes e obsoletas as funções teoricamente concebidas para o Direito Administrativo. A necessidade de garantia da legalidade e da pacificação da vida social já não possui mais papel central dentro das sociedades contemporâneas. O clamor, capturado pelo discurso neoliberal do fim do século XX, pela eficiência na prestação de serviços públicos, que nada mais são do que a garantia de direitos individuais e coletivos constitucionalmente previstos e garantidos a todos, demonstra que a própria legitimidade do Estado, e, por consequência, do Direito Administrativo, está enfraquecendo.

Essas funções teóricas que entraram em crise, contudo, estavam muito bem amparadas dentro do contexto liberal em que foram concebidas. O estudo da história, portanto, servirá para demonstrar qual contexto era esse, desmistificando inclusive o próprio discurso que foi concebido à época, principalmente nos séculos XVIII e XIX.

Remontando historicamente às origens do Direito Administrativo, conseguiremos entender por que não se pode mais repetir inocentemente quais são as funções dessa área do conhecimento. A uma, porque as funções que defendia ter nem sempre eram as que realmente tinha. A duas, porque, assim sendo, as funções que se pretende atribuir a esse ramo jurídico pela sua própria existência terão de ser

refundadas, pois se pretenderá demonstrar que o Direito Administrativo não tem uma função que lhe é inerente por natureza.

Ao reencontrar o espaço que cabe ao Direito Administrativo no direito e no Estado de hoje, poderemos ver com mais clareza como esse reencontro também deve ser feito para a atividade administrativa que nos preocupa, que é o controle da atividade administrativa. Nesse sentido, entendendo quais *eram* as funções desempenhadas pelo Direito Administrativo e pelo controle da atividade administrativa, poderemos indicar quais são as funções que devem ser por eles desempenhadas *sob a Constituição de hoje*.

## 2.1 UMA CONTRIBUIÇÃO DA HISTÓRIA DO DIREITO E DE MICHEL FOUCAULT PARA A DESMISTIFICAÇÃO DA GÊNESE DO DIREITO ADMINISTRATIVO

É recorrente na doutrina administrativista brasileira e em parte da doutrina europeia a ideia de que o Direito Administrativo foi concebido, após a Revolução Francesa, como forma de limitação do poder do soberano em defesa dos cidadãos, visto que, até o período precedente, o poder do governante era absoluto.

Nesse ponto de vista, por exemplo, veja-se, por todas, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A origem do Direito Administrativo e do órgão referido [Conselho de Estado] advém de eventos que assim se podem resumir. **Sobrevindo a Revolução Francesa, como o período histórico precedente era o da Monarquia Absoluta, inexistiam disposições que subjugassem ao Direito a conduta soberana do Estado em suas relações com os administrados.** Daí que era preciso aplicar um Direito “novo”, ainda não legislado (ou que mal iniciava a sê-lo). É que as normas do Direito até então existentes disciplinavam as relações entre particulares, inadaptadas, pois, para reger vínculos de outra índole, ou seja: os intercorrentes entre o Poder Público e os administrados, já agora submissos todos a uma ordem jurídica. Tais vínculos, consoante se entendia, demandavam uma disciplina específica, animada por outros princípios, que teriam que se traduzir em normas que viriam a ser qualificadas como “exorbitantes” – porque exorbitavam dos quadros do Direito até então conhecido, o “Direito Comum”.<sup>2</sup> (destaque nosso)

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39. Considerando que o *Curso* já passa da sua trigésima edição, é evidente a contribuição de Celso Antônio Bandeira de Mello para a formação de boa parte dos administrativistas brasileiros.

Partindo dessa leitura da origem do Direito Administrativo, Bandeira de Mello é obrigado a enfrentar um problema histórico que, se se pode arriscar, não existe: se o Direito Administrativo foi concebido para garantir os direitos dos cidadãos frente ao Poder Público, como explicar que algumas das suas categorias centrais tenham um caráter, ainda que *a priori*, autoritário, como “poder regulamentar”, “poder normativo”, “poder discricionário”, “poder hierárquico”?<sup>3</sup>

Mais adiante, Bandeira de Mello responde tal indagação afirmando que os poderes concedidos ao administrador público, ainda que exorbitantes, devem ser exercidos nos limites da necessidade do cumprimento dos deveres e das funções públicas, em conformidade com a lei e com a finalidade pública, de forma que não demonstrariam, portanto, uma natureza autoritária do Direito Administrativo.<sup>4</sup>

Já de início se pode intuir que essa resposta não é suficiente. Deveras, como se poderia falar em limitação pela lei e pela finalidade pública se, na França, o Direito Administrativo foi forjado não pelas leis, mas pelas decisões do Conselho de Estado? Ademais, uma das questões centrais do Direito Administrativo sempre foi como lidar com o poder discricionário dos administradores, ao qual, durante muito tempo, não eram reconhecidos limites e controles.<sup>5</sup>

A maior parte dos administrativistas que enfrenta o tema do autoritarismo/garantismo das origens do Direito Administrativo limita-se aos argumentos produzidos no interior do próprio ramo juspublicista, invocando-os apenas para fins de legitimação do discurso, sem chegar a se interessar pela questão do ponto de vista histórico.

Essa atitude, apesar de parecer inofensiva e limitada apenas à teoria do Direito Administrativo, acaba por ter, na prática, consequências bastante graves, não apenas por ser responsável pela estagnação da ciência do direito público, que se vê enredada em argumentos típicos do século XIX, mas também por impossibilitar a construção de novos instrumentos jurídicos que sejam capazes de dar conta, na prática, dos problemas do século XXI.

Nesse sentido, os fundamentos do Direito Administrativo devem ser analisados de maneira histórica, de maneira que o próprio discurso iluminista, que

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>5</sup> Ver item 4.4.1.

fundou as suas origens, deve ser bem entendido, não se podendo ignorar o contexto em que foi construído. Em outras palavras, as verdades produzidas naquele momento histórico devem ser questionadas e problematizadas.<sup>6</sup>

Para poder realizar essa desmistificação, traremos nos próximos itens lições da história do direito e do historiador e sociólogo Michel Foucault.

### 2.1.1 A história do direito como método hermenêutico de desnaturalização dos institutos do Direito Administrativo

Almeja-se demonstrar que o papel assumido pelo Direito Administrativo como garantidor dos direitos individuais em face dos abusos de poder das autoridades estatais não pode ser entendido com suporte numa perspectiva naturalizadora, vez que, em seus primórdios, o ramo jurídico-administrativo estava muito mais ligado à instituição de estruturas estatais do que à função plenamente garantista, mais bem desenvolvida apenas com o advento do constitucionalismo do pós Segunda Guerra.<sup>7</sup>

Para esses fins, como já dito, o Direito Administrativo será relido com base na história do direito, compreendida a partir da perspectiva hermenêutica defendida por Pietro Costa.

Nessa perspectiva, em vez de se buscarem os elementos que inevitavelmente levariam a uma compreensão continuísta do devir histórico, a história do direito apresenta-se como um elemento de introdução de um anarquismo metodológico nas profundas certezas produzidas pelo discurso jurídico administrativo, buscando-se a

---

<sup>6</sup> Com efeito, mesmo aqueles que, intentando repassar a história das origens do direito administrativo para criticar o continuísmo que se pretende estabelecer entre a sua gênese e o momento atual para questionar uma concepção de gênese autoritária da disciplina e naturalizadora, portanto, dessa concepção, acabam por deixar de criticar a naturalização promovida pelo próprio discurso iluminista: “O chamado ‘Direito público absolutista’ é fundado não na prevalência do interesse público e na garantia de direitos, mas sim na ‘veneração, obediência e fidelidade’ dos súditos segundo as respectivas prescrições da ordem divina. (...) O Direito Administrativo não possui raízes autoritárias justamente por ser um contraponto axiológico ao regime anterior, somente tendo sido realmente cultivado depois que seus princípios passaram a ser deduzidos da natureza do homem e da sociedade e não do poder divino.” In: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201. p. 170.

<sup>7</sup> Ver item 2.3.1.2.



experiência histórica não para produzir e reproduzir enunciados celebrativos e construtores de tradição,<sup>8</sup> mas para indicar, assentando-se numa perspectiva externa, as rupturas levadas a efeito pela área juspublicística nascida em fins do século XVIII.

Ainda a título introdutório, cabe ressaltar que tal pretensão de abordagem do fenômeno histórico da gênese do Direito Administrativo não pode deixar de se ligar a uma abordagem material, ainda que perfunctória, das estruturas administrativas públicas existentes no local e no espaço que se pretende estudar. Nessa lógica, pretende-se tratar não apenas da gênese do Direito Administrativo no contexto europeu continental, mas também da sua formação material no Brasil do século XIX.

Efetivamente, a abstração com que a gênese do Direito Administrativo tem sido tratada, principalmente pela própria doutrina juspublicística, também tem ajudado na justificação simplória dos institutos clássicos administrativos, impedindo uma abordagem reflexiva acerca da matéria e até mesmo a aproximação com as suas fontes materiais históricas mais próximas, no caso, a experiência portuguesa.

É interessante constatar como a doutrina administrativista, inclusive a brasileira, tende a reconstruir discursivamente as suas próprias origens a partir da necessidade contemporânea de garantia dos direitos fundamentais, de quaisquer gerações, como se essa operação histórica fosse fruto de uma necessidade atemporal, natural, inerente ao estágio civilizacional humano, diretamente ligada a uma perspectiva necessariamente racional, iluminista e libertária. Ao mesmo tempo, para isso, utiliza-se da importação do discurso jurídico-administrativo francês, como se, na passagem do século XVIII ao XIX, o Brasil fosse um espaço desprovido de qualquer tipo de experiência administrativa, e, portanto, capaz de receber de maneira límpida e pura os ensinamentos franceses.

---

<sup>8</sup> COSTA, Pietro. História do Direito: Imagens Comparadas. In: \_\_\_\_\_. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaio de História do Pensamento Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 17-41. p. 40-41.

## 2.2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO PODER SEGUNDO MICHEL FOUCAULT

Diante da discussão acerca do autoritarismo/garantismo das origens do Direito Administrativo, também a obra do sociólogo e historiador Michel Foucault, lida igualmente sob uma perspectiva histórica, deve ser explorada.

Nesse sentido, Foucault, valendo-se de ferramentas históricas, cunhou os conceitos de poder normalizador, poder disciplinar e poder biopolítico, tendo bem examinado as relações de poder no momento de formação do Direito Administrativo. Com fundamento nos estudos foucaultianos das relações de poder, portanto, examinaremos como estavam estruturadas as relações de poder na sociedade que criou o Direito Administrativo, de maneira que a separação entre os discursos e as práticas sociais subjacentes se tornará mais facilmente visível.

Com isso, poderemos identificar e, se possível, rever alguns dos mitos relacionados às origens do Direito Administrativo.

### 2.2.1 A teoria do poder segundo Michel Foucault

Apesar de ser vasta a obra de Foucault, o que nos interessa para os fins desta dissertação é a sua teoria do poder.

O grande ganho alcançado com a teoria foucaultiana do poder advém do fato de que ele – percebendo que a teoria clássica do poder, compreendido até então nos termos da teoria da soberania, não era mais capaz de explicar todos os fenômenos de poder existentes na sociedade –, propôs-se a estudar as formas normalizadoras de poder.<sup>9</sup>

Com efeito, para Foucault, além do poder soberano, há outras formas de poder, muito mais capilarizadas e fragmentadas, e que são responsáveis pela conformação da subjetividade dos indivíduos na modernidade, reconduzindo-os àquilo que se considera padrão, norma, paradigma. Nessa perspectiva, num

---

<sup>9</sup> As considerações de Foucault que serão trazidas neste capítulo representam a síntese da sua teoria do poder concebida em FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

primeiro momento, viu-se a emergência de um poder chamado por Foucault de disciplinar. Depois, surgiu o chamado poder biopolítico ou biopoder.

Foucault identifica no século XVII a invenção do poder disciplinar pela burguesia nascente, a partir de quando se pode perceber o surgimento de uma nova forma de poder que incidia sobre os corpos dos indivíduos e não mais sobre a terra e os seus produtos, visto que sugeria a necessidade de vigilância constante dos sujeitos, para fins de fiscalização do seu tempo e do seu trabalho.<sup>10</sup>

Justamente por não possuir natureza material, o poder disciplinar só pode ser apreendido se for examinado nas relações em que se manifesta. Em outras palavras, o poder disciplinar só se deixa captar enquanto momento de dominação, quando influencia a constituição material do indivíduo como indivíduo sujeitado – nesse sentido, os indivíduos não são titulares ou objetos de poder, como concebe a teoria da soberania, já que o poder transita sobre eles, constituindo-os. Apesar de o poder disciplinar não ser, em si, material, ele se institucionaliza em formas materiais capilares e locais, gerando instrumentos e espaços de intervenção, como os hospitais, as escolas e os presídios.<sup>11</sup> Justamente por seu caráter conformador de subjetividades, o poder disciplinar é uma espécie de poder normalizador.

A forma de poder normalizador estudada por Foucault que nos interessa é o chamado “biopoder” ou “biopolítica”. Surgido no século XIX, o biopoder representa a tomada da vida pelo poder, ou, de outro modo, a assunção, pelo Estado, nas palavras de Foucault, do direito de “fazer viver e de deixar morrer”.<sup>12</sup>

Por certo, se, até então, a preocupação do poder soberano com a vida biológica dos sujeitos incidia pontualmente, apenas quando o indivíduo se mostrava perigoso ou indesejado, com o biopoder o Estado assume para si a função de estudo e controle das populações, abandonando uma posição passiva de quem apenas “deixava viver e fazia morrer”.<sup>13</sup>

Na prática, os indivíduos passaram a ser vistos como parte de uma população (geograficamente entendida), razão pela qual o poder, na forma de biopolítica, passou a agir sobre as massas, sobre os processos de série que são próprios da

---

<sup>10</sup> FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 42-43.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 32-39.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 286-287.

<sup>13</sup> *Idem*.

vida biológica, como o nascimento, a morte, a longevidade e a doença. Para isso, o biopoder se utiliza de instrumentos como a estatística e a demografia, passando a intervir nos fenômenos globais, como a taxa de natalidade e de mortalidade.<sup>14</sup> Nessa lógica, a emergência da biopolítica corresponde também ao surgimento de uma medicina preocupada com a questão da higiene pública e da normalização do saber médico, vez que tais conhecimentos são extremamente úteis para a conformação dos processos de série.

Ela intervém, ademais, em fenômenos responsáveis pela diminuição ou pela eliminação da capacidade dos indivíduos, como os acidentes e as enfermidades, de forma que propicia o surgimento de mecanismos mais sutis e racionais de assistência social, como a seguridade.

Por fim, a biopolítica intervém também nas relações entre a espécie humana e o seu ambiente (relações geográficas, climáticas e hidrográficas), principalmente com relação às cidades,<sup>15</sup> visto que tais relações só podem ser captadas diante de uma análise globalizante ou mais geral.

Para Foucault, a biopolítica representa o surgimento de um sujeito novo, a população, enquanto problema político, biológico e científico. Partindo-se da população, podem ser verificados novos fenômenos, caracterizados pela coletividade, pela aleatoriedade e pela imprevisibilidade, que só demonstram os seus efeitos se se leva em consideração a longa duração (são os chamados “fenômenos de série”). Destarte, o biopoder utiliza instrumentos como as estimativas e as medições globais para poder alcançar os seus objetos, estabelecendo mecanismos reguladores capazes de reconduzir a população à média e ao equilíbrio.<sup>16</sup>

Indicado como essa nova forma de poder atua, parece evidente que o sujeito mais apto a dela se utilizar é o Estado moderno.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 289-290.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 291-292.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 292-293.

### 2.2.2 A inter-relação entre o biopoder foucaultiano e a formação do Direito Administrativo

Com efeito, enquanto o poder disciplinar atua de forma mais capilar, dado que se manifesta em espaços bem delimitados e demarcados, onde o controle dos corpos pode ser permanente, como escolas, presídios e hospitais, o biopoder, por representar o controle não mais dos corpos, mas de populações inteiras, necessita de uma instância de normalização que seja capaz de coletar dados sobre uma infinidade de indivíduos e de reorientar o seu comportamento em escala global.

Como um dos elementos do Estado, por definição, é a sua população ou o seu povo, pode-se facilmente concluir que é ele quem detém maior facilidade para estudar e controlar as populações.

Com isso, obviamente, não se está pretendendo dizer que o biopoder não se manifesta por mecanismos que não os estatais. Como já indicado, essa forma de poder que age sobre as massas também se faz presente em instituições privadas, como os hospitais – sob a forma da medicalização da população, por exemplo - e as escolas – enquanto estabelecimento de uma forma normal, padrão, de educação. Ocorre, todavia, que, em última instância, quem detém força para definir qual é a média ou o padrão a ser alcançado é o Estado, monopolizador do uso da força. Assim, por mais que as instituições de poder, como os hospitais e as escolas, possam ser particulares, é o Estado quem, em regra, define quais são as metas a serem atingidas nas questões de saúde e de educação, por exemplo.

Através dessa teorização, já se pode entrever que o grau de intervenção estatal na vida das pessoas aumentou consideravelmente com a instauração das formas biopolíticas de poder a partir do século XIX, momento que é justamente o de formação do Direito Administrativo, dado que o biopoder, ao conformar o comportamento das populações, intervém igualmente na vida dos sujeitos que a compõem. Como se verá mais adiante, o momento anterior à instituição dessa forma de poder era caracterizado por uma zona relativa de indiferença do poder institucional pela vida dos indivíduos.

Nessa perspectiva, não há como se negar o caráter fortemente autoritário desse ramo juspublicístico, que passou a justificar a intervenção cada vez mais

frequente do poder público na vida das pessoas. Assim sendo, pode-se concluir, seguramente, pelo autoritarismo das formas biopolíticas de poder.

Apenas num terreno e num momento que possuíam práticas biopolíticas profundamente enraizadas é que se pode, por exemplo, conceber a emergência dos Estados totalitários no século XX. Efetivamente, como bem nos adverte Foucault, não houve sociedade mais disciplinar e mais biopolítica do que a nazista, que levou as regulamentações biológicas até as suas últimas consequências mediante o controle das eventualidades próprias dos processos inerentes à vida humana.<sup>17</sup>

Tendo sido a sociedade que mais se utilizou de medidas biopolíticas, também foi uma das mais assassinas, de maneira que resta claro que o desenvolvimento das práticas de biopoder, que foram desenvolvidas no século XIX e que chegaram ao seu auge no século XX, utiliza-se dos instrumentos estatais capazes de intervir radicalmente na constituição do sujeito enquanto tal e na sua própria possibilidade de viver.

Fica evidente, portanto, que o caráter autoritário do Estado moderno, obviamente amparado e autorizado pelo Direito Administrativo existente, pôde e pode levar à instauração de modelos nada garantistas.

Considerando-se que o Direito Administrativo rege as relações entre Administração e administrados, para usarmos os termos clássicos, muita responsabilidade se deve atribuir a esse ramo do conhecimento quando tais relações degeneram em pura relação de força.

Indo-se mais adiante, pode-se afirmar que nos chamados estados de exceção é comum haver o atrelamento do biopoder a políticas racistas.

Giorgio Agamben caracteriza o estado de exceção como o momento de suspensão do direito, em que há indeterminação completa sobre o que está dentro e sobre o que está fora do direito.<sup>18</sup> O autor, estudando a genealogia do *iustitium* – instituto romano considerado a origem do estado de exceção –, aduz:

O estado de exceção (...) é um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas. Portanto, são falsas todas aquelas doutrinas que tentam vincular diretamente o estado de exceção ao direito, o que se dá com a teoria da necessidade como fonte

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 309.

<sup>18</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 38-39.

jurídica originária, e com a que vê no estado de exceção o exercício de um direito do Estado à própria defesa (...)  
 Esse espaço vazio de direito parece ser, sob alguns aspectos, tão essencial à ordem jurídica que esta deve buscar, por todos os meios, assegurar uma relação com ele, como se, para se fundar, ela devesse manter-se necessariamente em relação com uma anomia.<sup>19</sup>

Nos momentos de exceção, as garantias e os direitos reconhecidos pela ordem jurídica são suspensos, vez que vida e direito são tidos como elementos distintos pela máquina biopolítica.<sup>20</sup> Desse modo, abre-se a possibilidade de se reconhecer a existência de uma vida que não é dotada de direitos, pois, como visto, o biopoder torna-se insensível ao fenômeno individual da vida.

Nessa lógica, portanto, tendo-se vislumbrado que a gênese do Direito Administrativo foi fortemente marcada pelo caráter altamente normalizador da biopolítica, pode-se concluir que seus fundamentos são essencialmente de caráter autoritário.

Aqui, normalização e autoritarismo confundem-se. Uma sociedade normalizadora é, invariavelmente, autoritária, visto que a conformação da subjetividade dos indivíduos necessariamente pressupõe a existência de um poder externo que seja capaz de impor a norma, o comportamento normal, a esses sujeitos.

A sociedade burguesa forma-se fundamentada em instrumentos de poder basicamente normalizadores, como já mencionado. Se, todavia, num primeiro momento o poder normalizador se limita ao poder disciplinar, para o qual a presença de um Estado forte não se faz necessária, quando emergem as práticas biopolíticas a existência de um Estado centralizador, autoritário, torna-se essencial.

Efetivamente, apenas um Estado forte é capaz de estudar e de reorientar o comportamento das populações. O biopoder, nesse sentido, não poderia deixar de se valer do Direito Administrativo, área diretamente ligada ao estudo das relações entre o Estado e os seus cidadãos.

Nessa lógica, o biopoder se apropria do Direito Administrativo e o Direito Administrativo se apropria do biopoder, o que atrela inexoravelmente a matéria juspublicista a formas autoritárias, impositivas ou irresistíveis de poder.

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 78-79.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 132.

### 2.3 A FALSA POLARIZAÇÃO ENTRE AUTORITARISMO E GARANTISMO NA DISCUSSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Neste momento, contudo, não se pode deixar de fazer uma ressalva que parece ser ignorada por ambas as correntes que divergem quanto à natureza das origens do Direito Administrativo e que consiste na polarização entre autoritarismo e garantismo.

Justificamos nos itens anteriores por que o Direito Administrativo se formou num ambiente autoritário, já que representava a maneira pela qual os poderes instituídos conformavam a vida dos indivíduos mediante o controle das populações. O Direito Administrativo representava a passagem, para usarmos os termos de Foucault, do “deixar viver e fazer morrer” para o “deixar morrer e fazer viver”, pois era através do seu conhecimento que a intervenção biopolítica do Estado na vida dos sujeitos se fazia sentir.

Ocorre, todavia, que, apesar de o autoritarismo poder se ligar tragicamente ao afastamento dos direitos individuais, como se vê no estado de exceção, que é a representação máxima dos instrumentos de biopoder, essa ligação não é necessária. Com efeito, um Direito Administrativo autoritário, portanto, pode ser garantista, e, com base na compreensão dessa possibilidade, é que se torna nebulosa a discussão entre as correntes administrativistas. Como visto, o biopoder pode ser usado para o controle de doenças, dos índices de mortalidade, dos efeitos negativos da economia. Isso posto, um Direito Administrativo que se propõe a implementar políticas públicas de melhoria da vida da população muitas vezes pode ser aplicado de modo coercitivo e unilateral sem que se possa acusá-lo, todavia, de não se preocupar, ainda que genericamente, com outros direitos humanos e fundamentais, vez que a polarização correta deve ser considerada segundo os seguintes binômios: direito autoritário/democrático e direito garantista/de exceção.

A questão, então, que se impõe é saber se, no momento da sua gênese, o Direito Administrativo, além de autoritário, também era garantista, para que se possa averiguar o grau de imbricação entre esse ramo do conhecimento e a garantia de direitos e se essa imbricação é necessária.



### 2.3.1 O mito garantista da gênese do Direito Administrativo

Para resolver a interrogação quanto ao garantismo da gênese do Direito Administrativo, podemos partir de dois indícios: o comparativo do garantismo da época de construção dessa área do conhecimento com o do período antecedente e a inexistência de imbricação necessária entre democracia e constitucionalismo.

Analisaremos cada um desses indícios separadamente.

#### 2.3.1.1 A história do direito e a revisão do mito garantista - o absolutismo não absoluto do período anterior

A visão garantista da origem do Direito Administrativo já vem sendo questionada por doutrinadores mais arejados, que, apesar de não se aprofundarem nas contribuições da história do direito, têm intuído, por exemplo, que o absolutismo real houvera simplesmente sido substituído, até meados do século XX, pelo absolutismo do Estado<sup>21</sup>, ou que a instituição, na França, do contencioso administrativo, por meio do Conselho de Estado, não “teve qualquer conteúdo garantístico, mas antes se baseou na desconfiança dos revolucionários franceses contra os tribunais judiciais”, representando uma verdadeira continuidade com o modelo imperante no Antigo Regime.<sup>22</sup>

Diante disso, observa-se que o Direito Administrativo está enfrentando uma crise dos seus próprios fundamentos,<sup>23</sup> razão pela qual a história do direito pode servir para aclarar algumas ideias que vêm sendo debatidas e rebatidas nesse

---

<sup>21</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 63-64.

<sup>22</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 13.

<sup>23</sup> Apenas a título de esclarecimento, indicamos que a crise a que estamos nos referindo não é a crise do serviço público de que trata Carlos Ari Sundfeld. Sobre a crise do serviço público examinada por Sundfeld, ver SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito global. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 2, mai. 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31987-37499-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

momento de discussão, servindo não só para aumentar a quantidade de elementos informativos disponíveis, mas também para desnaturalizar conceitos arraigados e denunciar eventuais excessos da doutrina de combate.

Isso porque, no campo da história do direito, a visão absolutista do Antigo Regime já vem sendo mitigada, com êxito, há algum tempo.

Deveras, os historiadores do direito vêm demonstrando como o ideário e o tipo de estrutura social dos séculos XVI, XVII e XVIII permaneceram muito mais ligados à mentalidade e às estruturas do tipo medieval do que às noções liberais e iluministas do período posterior. Ainda que o iluminismo tenha representado uma quebra considerável nas representações existentes até então sobre o modelo de governo, não se pode deixar de examinar quais eram os interesses que o moviam e quais foram as consequências práticas efetivamente geradas pelo movimento.

Portanto, o primeiro indício sobre a natureza garantista ou não do momento inicial de formação do Direito Administrativo consiste em compará-lo com o momento anterior, para se saber se houve ganho ou não nas garantias reconhecidas aos indivíduos.

Deve-se ter em mente que não se pode utilizar o discurso revolucionário iluminista para se pretender desvendar a questão. Enquanto fenômeno revolucionário, a Revolução Francesa atribuiu pejorativamente ao Antigo Regime o nome de Período Absolutista, justamente para tentar provar, através do léxico, que a sociedade que se implementava a partir daquele momento se caracterizaria pela descentralização do poder.

Novamente, é Foucault quem nos socorre. Segundo o filósofo francês, a burguesia era, no século XVIII, a classe mais anti-histórica, justamente porque, dado o seu caráter emergente, não podia encontrar na história momentos em que tivesse aparecido como sujeito das relações de forças.<sup>24</sup>

Dessa forma, pretendia mesmo acabar com a história, reiniciando-a, e, para isso, precisava denegrir todas as formas de manifestação de poder anteriormente existentes.

Era comum, por exemplo, qualificar-se o Antigo Regime como um período de privilégios, em que a posição dos indivíduos era determinada pela proximidade com o soberano. Apesar de não se poder negar que a sociedade era dividida pelos

---

<sup>24</sup> FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 251 *et. seq.*

*status*, que determinavam a posição do indivíduo na sociedade, a questão precisa ser bem entendida.

A sociedade anterior à da Revolução Francesa funcionava basicamente a partir da “multi-ordenação e da auto-ordenação da sociedade”,<sup>25</sup> de maneira que a implicação entre a hierarquia e a ordem no medievo representava a possibilidade da existência de um todo que, apesar de ser composto por partes diferentes, era dotado de ordem justamente por ser disposto hierarquicamente. Logo, a ordem social – composta pelos nobres e plebeus, clérigos e laicos, pais e filhos e assim por diante – já estava dada, de forma que a justiça estava em se dar a cada um aquilo que era seu de acordo com essa ordem pré-estabelecida. Nesse contexto, a “lei” não era concebida como um momento de vontade livre do soberano, mas como vontade vinculada a uma ordem já existente.<sup>26</sup> Fica claro, portanto, que não há como imputar a esse período a existência de uma ordem soberana absolutista ou autoritária.

Naquele período, aos juristas não cabia criar ou retificar a ordem já existente, mas induzir a natureza, “tirando proveito de todos os recursos (*virtudes*) da sensibilidade humana (*amor, bonitas, intellectus, sensus*) numa era em que os métodos intelectuais da definição do direito não estavam ainda privados de abordagens não ‘racionais’”.<sup>27</sup>

Em outras palavras, o jurista medieval tinha como papel não interferir na realidade, atitude autoritária só concebida após o advento da modernidade, mas servir de mediador entre os diferentes sistemas normativos existentes na sociedade.

A soberania aparecia, diante desse panorama, como uma posição de dominação relativa (e não como poder absoluto, como ocorrerá na modernidade), em que a existência de uma ordem hierárquica colocava um poder em situação de superioridade em relação a alguns poderes e em situação de inferioridade em relação a outros. Desse modo, a soberania medieval era relativa e gradual.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros: a ordem na Europa ocidental dos inícios da Idade Moderna. In: \_\_\_\_\_. *A política perdida: Ordem e Governo antes da Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 239-264. p. 245.

<sup>26</sup> COSTA, Pietro. A soberania na cultura político-jurídica medieval: imagens e teorias. In: \_\_\_\_\_. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 99-124. p. 122-123.

<sup>27</sup> HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros..., p. 245.

<sup>28</sup> O problema da conformação entre a soberania do imperador e a existência de diversas ordens de poderes no medievo foi teorizado por várias linhas argumentativas. Pietro Costa indica, como

Essa forma de estruturação da sociedade e da sua representação sobre si, concebida ainda na Idade Média, permanece enraizada na sociedade até fins do século XVIII, como bem adverte António Manuel Hespanha. Segundo ele, ainda:

Na verdade, as limitações do poder do Antigo Regime residiam, também, na sua ineficácia. Esta decorria, por um lado, do facto de a administração estar concebida como voltada à salvaguarda da ordem social, política e jurídica estabelecida (administração jurisdicionalista ou “passiva”); por outro, da carência de meios materiais de controlo e de comando.<sup>29</sup>

A concessão de privilégios, por exemplo, era não uma deformação, mas o seu modo de funcionamento próprio. A concessão da graça não representava uma violação da justiça, como se pode ver de outra lição:

Como a graça não é o puro arbítrio e antes configura um nível mais elevado da ordem, a *potestas extraordinaria* dos príncipes aparece não como uma violação da justiça, mas antes como uma versão ainda mais sublime. Para Salgado de Araujo, o governo por estes meios extraordinários da graça – ou seja, tirado fora dos mecanismos jurídico-administrativos ordinários – representa uma forma última e eminentemente real de realizar a justiça, sempre que esta não pudesse ser obtida pelos meios ordinários.<sup>30</sup>

Nessa sociedade fundada na ordem, reconhecia-se a existência de direitos aos indivíduos e aos grupos segundo os direitos particulares, mesmo contra o direito geral, de origem doutrinária ou legal. Deveras, os direitos eram reconhecidos ao indivíduo conforme a ordem que ele compunha, de acordo muito mais com os costumes do que com a previsão legal ou doutrinária. Esse reconhecimento dos direitos, que, segundo Hespanha, “estavam antes e acima do direito”,

anteciparia o mais radical do liberalismo surgido nos finais do século XVIII, se estes direitos protegidos fossem concebidos como direitos gerais, que competiriam às pessoas em virtude da sua natureza (direitos naturais, direitos humanos, direitos fundamentais).<sup>31</sup>

---

exemplo de solução, a estruturação burocrática do império, que permitia a existência de diversas magistraturas. Também o conceito medieval de *universitas* possibilitava que a cada grupo social, entendido enquanto *universitas*, fosse atribuída *iurisdictio*. Nesse sentido, cabe ressaltar que as *civitates* não desafiavam a soberania do soberano, porque o autogoverno era dado pelo reconhecimento da sua autonomia. In: COSTA, Pietro. A soberania..., p. 99-124.

<sup>29</sup> HESPANHA, António Manuel. *Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 115.

<sup>30</sup> HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 166.

<sup>31</sup> HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia...*, p. 159.

Numa sociedade em que a ordem se funda na hierarquia, não havia sequer como se pensar em garantia de direitos individuais, pois a individualidade é uma abstração típica da modernidade. Como bem nos ensina Paolo Grossi, a sociedade pré-moderna é reicêntrica e não antropocêntrica, de modo que o indivíduo se vê atraído pela coisa até se ver quase pertencente a ela ou é atraído pelo grupo intermédio.<sup>32</sup> Por conseguinte, só se pode pensar em garantia de direitos aos indivíduos enquanto atrelados à coisa (terra) ou a um grupo.

Nessa perspectiva, afirmar-se que Antigo Regime não garantia direitos individuais é uma alegação vazia, pois que foi justamente a Revolução Francesa que concebeu os direitos individuais. Isso não quer dizer, todavia, que os indivíduos não fossem tutelados, mas apenas que a forma de tutela então existente era diversa.

Assim sendo, não se pode concluir incontestavelmente, como pretendem alguns autores administrativistas, que a matéria juspublicística formulada a partir da Revolução Francesa seja, por seus próprios fundamentos, garantista, pois, ao formular que a sua função seria proteger os direitos individuais, não se pode concluir inequivocamente que os direitos passaram a ser mais largamente garantidos do que no momento precedente.

Antonio Manuel Hespanha indica, ainda, que a noção de que a centralização do poder político se deu já no início da época moderna, por seu turno, é ideologicamente marcada, tendo sido construída pela teoria política liberal clássica. Essa antedatação, para ele, pode ser explicada por três motivos principais.<sup>33</sup>

Em primeiro lugar, a teoria liberal, ao separar a política da administração, deixou a esta um papel político irrelevante. Concebendo a administração como uma estrutura incapaz de alterar os equilíbrios políticos existentes, o liberalismo passou a entendê-la como uma extensão neutra do poder, de forma que eventual centralização da administração (enraizada nos fundamentos clássicos do Direito Administrativo, como a autoexecutoriedade, a imperatividade, o poder regulamentar) não era atrelada necessariamente à centralização política. Assim, podia-se efetivar a centralização administrativa sem que isso se reconduzisse à centralização política que os teóricos do liberalismo clássico atribuíam ao Antigo Regime.

---

<sup>32</sup> GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 90.

<sup>33</sup> HESPANHA, António Manuel. *As vésperas do Leviathan: Instituições e poder político em Portugal – séc. VII*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 25-27.

A desvinculação entre política e administração promovida na época liberal, portanto, é mais um fator a evidenciar a possibilidade de convivência entre medidas administrativas autoritárias e certas medidas protetoras de direitos, construídas politicamente, razão pela qual a questão levantada por Bandeira de Mello e que trouxemos no início do tópico 2.1 parece restar indubitavelmente superada, em virtude da sua própria inexistência.

Em segundo lugar, Hespanha alega que a historiografia oitocentista acreditava piamente no caráter decisivo da vida política oficial. Dessa forma, reduziam toda a vida política do Antigo Regime aos atos formais de poder, analisando o período antecedente já com base nas categorias criadas pós-revolução, como, por exemplo, o regulamento do direito estatal. Desse modo, todas as formas de organização política que não se encaixavam nas novas estruturas formais pós-revolucionárias eram deixadas de lado, ignorando que o direito do período anterior era essencialmente não estatal.

Finalmente, a teoria política liberal e a sua historiografia correspondente tenderam a buscar prenúncios dos elementos que viriam a ser decisivos. Conforme Hespanha:

Afloramentos precoces de conceitos como “soberania”, “razão de Estado”, “ideia nacional” ou “interesse público/interesse privado” foram afanosamente buscados e – está-se hoje de acordo – unilateralmente valorizados, destacando-os de corpos dogmáticos conflituais, onde muitas vezes desempenhavam uma função apenas tópica.<sup>34</sup>

Destarte, o que se revela de uma investigação mais acurada da história do direito é que o discurso iluminista estava, como não poderia deixar de ser, bastante enraizado no seu tempo, tendo servido como elemento de combate para a derrubada das estruturas do Antigo Regime.

Nessa lógica, atribuía-se ao período anterior contornos que a historiografia atual vem obtendo êxito em matizar. Então, ao mesmo tempo em que não se pode negar que o discurso revolucionário representou uma ruptura com a mentalidade até então vigente, igualmente não se pode acreditar que tal ruptura tenha se dado de maneira desinteressada e que o seu discurso legitimamente reproduza de maneira neutra e realista as estruturas passadas que estava justamente tentando destruir.

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 26.

Isso posto, por exemplo, ao contrário do que normalmente se repete a respeito da tutela dos direitos no Antigo Regime, António Manuel Hespanha, comentando a situação portuguesa, aduz que havia pelo menos dois momentos de controle dos atos régios: previamente, quando o Chanceler-mor do reino comprovava que as cartas régias não iam de encontro aos direitos do rei, do povo ou de alguma pessoa, podendo remetê-las ao Desembargo do Paço para verificação, e, ainda, posteriormente, quando da interposição de recursos dos particulares contra os atos do poder político lesivos dos seus direitos. Hespanha declara, ainda, ao contrário do que se sustenta corriqueiramente, que “era rara a provisão régia de ofício que não era embargada”, utilizando-se de informação contida numa carta régia de 1634.<sup>35</sup> O que se pode reparar, portanto, é que mesmo no período anterior às revoluções liberais já era dado aos indivíduos o poder de recurso contra as decisões régias, não se podendo considerar novidade o fato de se invocarem direitos contra a autoridade oficial.

#### 2.3.1.2 A história do direito e a revisão do mito garantista - Democracia e constitucionalismo: a desmistificação de uma união não necessária

O segundo indício para resolver a interrogação quanto ao garantismo da gênese do Direito Administrativo consiste na necessidade de exame da imbricação entre democracia e constitucionalismo, bem explorada por Pietro Costa.<sup>36</sup>

Segundo ele, essa relação foi construída de maneira estável apenas depois do segundo pós-guerra, quando o Estado constitucional passa a estar relacionado a uma democracia garantidora de direitos fundamentais. Antes, porém, democracia e garantia de direitos estavam em tensão, sendo que, na Revolução Francesa, reconhecida como marco inicial do Direito Administrativo, duas contradições tinham se tornado evidentes.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 479.

<sup>36</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 235-268.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 244-245.

A primeira dizia respeito à possibilidade de compatibilizar o caráter absoluto do poder do povo e o caráter absoluto dos direitos fundamentais. Já a segunda se referia à garantia de direitos políticos aos cidadãos ao lado dos direitos civis independentemente da condição proprietária do indivíduo.

Esses conflitos fizeram-se demonstrar na experiência revolucionária jacobina e indicaram a necessidade de se proteger a liberdade da igualdade, sob pena de se colocar o parlamento na mão das majorias que, desprovidas de relações com as elites econômico-sociais, não garantiriam a proteção da liberdade e da propriedade, fundamentos da civilidade moderna. Nessa lógica, a tirania da maioria configurou-se na problemática enfrentada pela juspublicística oitocentista, já que tornou manifesto que a relação entre democracia e direitos não é necessária.<sup>38</sup>

Sendo assim, pode-se afirmar que, no momento da formação do Direito Administrativo, a ligação entre democracia e garantia de direitos não era imperativa, de sorte que, apesar de o discurso revolucionário pregar a liberdade, a igualdade e a fraternidade, na prática, limitaram-se tais direitos a apenas alguns indivíduos. O garantismo desse período, se existia, era, portanto, limitado.

Como vimos, Michel Foucault demonstrou como a burguesia teve de romper com a história e com a tradição para sustentar os seus interesses na época da Revolução Francesa, de modo que a quebra com o momento anterior se configurava como uma necessidade que se impunha para a afirmação do poder da nova classe. Nesse sentido, revela-se o motivo pelo qual o discurso revolucionário atribuiu ao período antecedente a fama de absolutista e autoritário.

Conforme já indicamos, a burguesia era, no século XVIII, a mais anti-histórica das classes, pois que não podia encontrar na história momentos em que tivesse aparecido como sujeito das relações de forças. Isso posto, o anti-historicismo da burguesia deixou-se entrever não só pelo seu apoio ao despotismo esclarecido, mas também pela invocação, na Revolução, de uma constituição a-histórica e pela defesa do jusnaturalismo e o recurso ao contrato social.<sup>39</sup>

Não se nega que o ideário iluminista tenha sido fundamental para a extensão da conquista de direitos para todos os cidadãos. No momento da gênese do Direito Administrativo, a preocupação não residia tanto na garantia de direitos para todos

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 247.

<sup>39</sup> FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 252.



frente ao poder estatal, mas na desmontagem do Antigo Regime, cujas estruturas dificultavam a ascensão da burguesia.

É também Pietro Costa quem nos indica que, em realidade, a juspublicística do fim do século XVIII e do século XIX teve de lidar com o enfraquecimento, provocado por ela mesma, dos direitos no interior do sistema político-jurídico. Com efeito, ao retirar a sustentação jusnaturalista da fundamentação dos direitos com a construção do Estado de Direito, os sujeitos deixaram de estar protegidos por uma ordem extraestatal ou metajurídica.<sup>40</sup> Dessa forma, observa-se que o Direito Administrativo, no primeiro momento, não serviu para a garantia de direitos, vez que chegou mesmo a provocar o seu enfraquecimento.

Só nos fins do século XIX é que uma solução mais bem acabada foi encontrada pelos juspublicistas. Foram Jhering e Jellinek que, criando a teoria da autolimitação do poder do Estado, conseguiram reorientar a teoria juspublicista de acordo com a garantia de direitos. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que a teoria da autolimitação não era capaz de prevenir que o próprio Estado revogasse as garantias concedidas; por outro lado, a autolimitação não abarcava o Estado como um todo, mas apenas a função administrativa, deixando a função legislativa passível de ser cooptada pelo poder absoluto.<sup>41</sup>

É apenas com a democracia constitucional que os direitos dos sujeitos adquirem papel central no direito público. A construção da democracia constitucional, a seu turno, foi feita em duas etapas, conforme nos ensina Pietro Costa: primeiro, com a teorização kelseniana formalista do Estado de direito constitucional e, depois, com o constitucionalismo do segundo pós guerra.<sup>42</sup>

Por certo, para o historiador do direito italiano, enquanto Kelsen é o responsável pela repressão do absolutismo legislativo, visto que torna a lei controlável de acordo com parâmetros constitucionais, é apenas com as experiências totalitárias que a juspublicística coloca a preocupação com os direitos dos cidadãos no centro do ordenamento:

Domina nesta cultura político-jurídica a convicção de que democracia e direitos são conceitos necessariamente complementares: contra o

---

<sup>40</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política..., p. 249-250.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 249-251.

aniquilamento totalitário da autonomia individual a base do ordenamento se torna a pessoa, tida como o centro de imputação de uma multiplicidade de direitos diversos. A democracia que se quer instaurar não deseja ser um simples retorno ao parlamentarismo oitocentista, com algumas “correções” devidas à introdução do sufrágio universal (masculino e feminino). Ela será muito mais a forma política de uma ordem centrada sobre a pessoa e sustentada pela convicção de que apenas a atribuição a todos os cidadãos de iguais direitos permite a eles uma completa realização humana.<sup>43</sup>

Nesse sentido, não se pode atribuir às origens do Direito Administrativo preocupação predominante com a garantia dos direitos dos sujeitos, já que essa função só será assumida pela juspublicística em meados do século XX.

## 2.4 A ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

Até aqui, desenvolveu-se o tema sobre as origens do Direito Administrativo principalmente a partir da experiência francesa, tido como a principal influência para o surgimento e o aprofundamento do estudo do Direito Administrativo nos países de tradição jurídica continental europeia.

Contudo, não há de se deixar de sublinhar que o ambiente em que se desenvolveu o Direito Administrativo na França era bastante diverso do ambiente brasileiro do século XVIII, quando o Brasil se tornou independente de Portugal e pôde desenvolver sua cultura jurídica de forma relativamente autônoma. Desse modo, trataremos neste item do modo como se deu a criação do Direito Administrativo no Brasil.

### 2.4.1 A influência da Administração Colonial

Ainda que só se possa atribuir a gênese do Direito Administrativo brasileiro ao século XVIII, não se pode negar que antes o Brasil contava com estruturas administrativas que, ainda que não pertencessem a uma tradição racionalista que

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 255.

lhe atribuísse o caráter de ciência do direito, condicionaram a recepção das teorias francesas sobre o Direito Administrativo.

A tradição brasileira, até o fim do século XVIII, estava ligada à concepção administrativa portuguesa, sendo que, na época, vigiam as Ordenações Filipinas. Olhando-se as particularidades do modelo luso-ibérico, pode-se, desde logo, apontar razoável dessemelhança com a tradição francesa e italiana, ao menos.

Na experiência italiana, desde o século XVI, vinha-se separando a política da moral e da religião, pelo menos no plano das ideias, como bem demonstram os conselhos dados por Maquiavel ao príncipe de Florença. A preferência por ser temido a ser amado e a necessidade de que as transformações desagradáveis ao povo fossem feitas de maneira brusca e unitária, por exemplo, vão de encontro ao que se sustentava em Portugal com relativa força até o século XVIII.<sup>44</sup>

Deveras, enquanto Maquiavel influenciava o ideário político italiano, lançando as bases do pensamento político moderno, Portugal permaneceu por mais tempo ligado à tradição política cristã, de contornos moralizantes.

No século XVI a política portuguesa era pensada por figuras que mesclavam o exercício da religião e da política. A título de exemplo, peguemos o caso de Dom Jerônimo Osório, que, tendo desempenhado, nas décadas de 40 e 50, funções de letrado, capelão e capelão fidalgo como membro da Casa do Infante e, ainda, de docente universitário, também mantinha estritos vínculos com o infante D. Luís,<sup>45</sup> podendo-se afirmar, portanto, a sua influência não só no ideário político português, mas também na condução do governo da época.

No livro “Da ensinança e educação do rei”, que D. Osório escreve como conselhos ao príncipe D. Sebastião, que, à época, ainda era criança, fica clara a diferença da tradição portuguesa com relação à tradição italiana, vez que os dois principais elementos que devem reger a atuação do rei são a religião e o respeito à ordem.<sup>46</sup> Nas suas palavras:

Ora, é assaz sabida a diferença que há entre o rei e o tirano. O rei, com efeito, acata o entendimento divino, segue a recta razão, respeita a equidade do direito, persegue o embuste e a maldade, conserva o

<sup>44</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Porto Alegre: L&PM, 1998.

<sup>45</sup> OSÓRIO, D. Jerónimo. *Tratado da Justiça*. Tradução, introdução e anotações de A. Guimarães Pinto. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1997. p. 16-17.

<sup>46</sup> OSÓRIO, D. Jerónimo. *Da ensinança e da educação do rei*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.

comedimento e o equilíbrio em todas as actividades, constitui perante si toda a comunidade em devedora de excelentes serviços (...) O tirano, pelo contrário, desdenha da majestade de Deus, rejeita a soberania da razão, escraviza-se à sensualidade e à impureza, viola os direitos humano e divino, apoia-se nos enganos e embustes, menospreza a verdadeira dignidade e abraça a falsa imagem da glória e da dignidade e cuida que cumpre de modo extraordinário as obrigações do varão forte quando aterroriza com ameaças o povo que lhe foi confiado e esbulha os bens dele de maneira a aumentar o seu património através da extorsão e do engano.<sup>47</sup>

Apenas por esse excerto, pode-se ver que o príncipe maquiaveliano seria considerado, em Portugal, um verdadeiro tirano, visto que a religião, em Maquiavel, não é um elemento a ser levado em consideração na condução da política e dado o carácter proeminente do soberano na criação do direito.

Consequentemente, percebe-se que a tradição portuguesa ficou mais tempo atrelada aos preceitos do direito comum, ligados ao respeito à ordem. Se o Antigo Regime italiano e francês já era, na prática, como observamos, muito mais próximo à concepção política e jurídica da idade média, em Portugal, essa proximidade era ainda maior.

Some-se a essa diferença de mentalidade a diferença de estruturas administrativas existentes entre França e Portugal.

António Manuel Hespanha, avaliando as estruturas da justiça portuguesa do século XVII, aduz que, ao contrário do que ocorria na França, em que a atuação dos intendentess abrangia a administração direta, os corregedores portugueses<sup>48</sup> não chegaram a atuar em duas áreas relevantes da administração, as finanças e a milícia.<sup>49</sup> Segue explicando que isso provavelmente tenha se dado em virtude de que as finanças portuguesas eram sustentadas pelo ultramar e pelas alfândegas e não pelas receitas internas, como na França,<sup>50</sup> razão pela qual a intervenção na vida dos súditos portugueses era ainda menor.

Hespanha alega, ainda, que a atuação do corregedor era mais bem caracterizada como uma forma de tutela e não de poder hierárquico, vez que se

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>48</sup> Segundo Hespanha, os corregedores portugueses eram os magistrados ordinários da administração periférica, nomeados pelo rei, e que eram responsáveis pelo controle da administração da justiça e por algumas atividades no domínio da política e da polícia. In: HESPANHA, António Manuel. *As vésperas...*, p. 199-202.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>50</sup> *Idem*.

pautava mais na verificação de conformidade entre a atuação das câmaras e dos oficiais com os regimentos do que na emissão de instruções ou na sua substituição, com exceção das situações permitidas em lei. Em seus termos, nessa lógica, “parece lícito concluir-se que a eficácia dos corregedores como instrumentos de subordinação político-administrativa do reino era relativamente modesta”, ao menos quando confrontada “com outras experiências europeias de constituição de níveis periféricos da administração régia.”<sup>51</sup>

Dessa maneira, se a ideia de que o Antigo Regime autoritário e absolutista de outras experiências europeias já foi matizada em virtude da necessidade de respeito à ordem dada e da estruturação do direito e da sociedade em *iurisdicti* diversas, no caso português, a influência que o poder régio exercia sobre a vida dos súditos no período parece que era ainda menor.

Assim, a centralização política e administrativa só se iniciará em Portugal, na prática, no período pombalino, já em fins do século XVIII, principalmente com a Lei da Boa Razão, influenciada tardiamente pelos ventos iluministas.

Também em Portugal, portanto, constata-se que a intervenção do Estado encontrou no iluminismo fundamentos mais aprofundados e sofisticados, de maneira que o peso da autoridade estatal parece ser muito mais influente no período posterior do que no Antigo Regime.

Cumprir indicar, ainda, que mesmo com o advento da Lei da Boa Razão, datada de 18 de agosto de 1769, a autoridade do Estado e das leis estatais não ganhou grande primazia e aplicação prática.

Apesar de a Lei pretender estabelecer novos critérios de interpretação e de integração das lacunas na lei ao reprimir o uso excessivo de textos de direito romano e ao banir a aplicação da Glosa de Acursio e dos comentários de Bártolo (usados como fonte subsidiária das Ordenações),<sup>52</sup> é evidente que a transformação da interpretação do direito depende muito mais do assentamento desses novos elementos da cultura jurídica – o que pressupõe a decorrência de certo tempo – do que da imposição de uma norma legal.

---

<sup>51</sup> HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados...*, p. 369.

<sup>52</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 44, p. 61-76, 2006. p. 62-63.

Na experiência brasileira, a aceitação do poder estatal será ainda mais conflituosa, dada a contraposição dos interesses da elite agrária local, cujos vínculos se davam de maneira pessoal. Conforme Sergio Buarque de Holanda:

Desse comportamento social, em que o sistema de relações se edifica essencialmente sobre laços diretos, de pessoa a pessoa, procedem os principais obstáculos que na Espanha e em todos os países hispânicos – Portugal e Brasil inclusive –, se erigem contra a rígida aplicação de normas de justiça e de quaisquer prescrições legais.<sup>53</sup>

Ricardo Marcelo Fonseca exemplifica como a Revolta da Vacina, já no século XX, é representativa da sensação de que a ingerência do Estado no cotidiano das pessoas ainda era indevida.<sup>54</sup> Conforme Fonseca, a Revolta da Vacina representa como ainda existia na sociedade, já no início do século XX, uma concepção tradicional de que o governo não deveria interferir na vida privada das pessoas, o que se chocava com uma “tendência estatal em impor autoritariamente suas regras no âmbito privado, tentando fazer valer uma pretensão de ‘absolutismo jurídico’”.<sup>55</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que, no Brasil, a conjuntura da gênese do Estado e do Direito Administrativo esteve ainda menos ligada a uma necessidade imanente de redução do autoritarismo.

#### 2.4.2 A gênese do Direito Administrativo no Brasil do século XVIII

Examinada, no último tópico, a tradição administrativa portuguesa e a influência que ela teve sobre as estruturas de poder brasileiras, resta examinar de que forma a construção doutrinária do Direito Administrativo se deu no Brasil.

---

<sup>53</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 134.

<sup>54</sup> A chamada Revolta da Vacina consistiu num levante ocorrido no Rio de Janeiro, em 1904, quando o Presidente da República concedeu poderes para que os médicos entrassem nas residências particulares para vacinar as pessoas contra a varíola.

<sup>55</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Op. cit.*, p. 75.

Para tal, analisar-se-ão cinco obras de Direito Administrativo de caráter tratadístico publicadas entre 1857 e 1866 no país,<sup>56</sup> com vistas a verificar se, no momento de formação do Direito Administrativo brasileiro, havia realmente preocupação com a garantia dos direitos dos indivíduos contra o poder soberano.

Alerte-se, contudo, que o objeto do presente tópico não é fazer uma interpretação completa das obras do período, mas tão somente indicar qual era a função atribuída, à época, ao Direito Administrativo.

A primeira obra manualística brasileira de Direito Administrativo é datada de 1857, de autoria do professor da Faculdade de Direito do Recife Vicente Pereira do Rego. O livro, intitulado *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro para uso das Faculdades de Direito do Império*,<sup>57</sup> recebe claramente a influência da doutrina francesa e retrata basicamente a estrutura administrativa, dividindo-se em três partes.

A primeira está assim dividida: 1.1 Da Administração em geral – Do lugar que ela ocupa entre as Instituições do país. – Do seu triplo caráter e de seus Órgãos; 1.2 Órgãos da Administração Geral – O Imperador considerado como 1º Órgão da mesma Administração; 1.3 Do Conselho d’Estado, considerado como Órgão Auxiliar da Administração Geral; 1.4 Dos Ministros considerados como Órgãos supremos da Administração Geral; 1.5 Administração Provincial; 1.6 Administração Municipal; 1.7 Dos Órgãos especiais da Administração, e d’algumas Instituições administrativas.

A segunda parte compõe-se dos seguintes capítulos: 2.1 Da Administração contenciosa – Divisão dos Tribunais Administrativos; 2.2 Dos Juízes Municipais, Presidentes e Ministros considerados como tribunais administrativos, e outros; 2.3 Do Tribunal do Tesouro Público Nacional, considerado como Tribunal de Contas; 2.4 Do Conselho d’Estado, considerado como Tribunal administrativo de última instância.

---

<sup>56</sup> A relação das obras foi arrolada em GUANDALINI JUNIOR, Walter. *Gênese do direito administrativo brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. Curitiba: UFPR, 2011. 224 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

<sup>57</sup> REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Império*. 2. ed. Recife: Tipografia Comercial de Geraldo Henrique de Mira & C, 1860. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/46503>>. Acesso em: 03 fev. 2015.

A última parte está dividida do seguinte modo: 3.1 Agricultura – Alinhamento; 3.2 Caça – Esgotamento de pântanos; 3.3 Expropriação por utilidade pública – Servidões militares; 3.4 Minas – Mineiras – Pedreiras; 3.5 Pesca; 3.6 Regime das águas, florestas e matas; 3.7 Vias de Comunicação; 3.8 Aprendizado – Fabricas perigosas, insalubres ou incomodas; 3.9 Patentes de invenção – Desenhos e marcas dos fabricantes - Direito de contramarca; 3.10 Restrições à indústria manufatureira; 3.11 Domínios ou bens nacionais; 3.12 Dos impostos; 3.13 Encargos do Estado – Instituições relativas a socorros públicos.

O que se vê, portanto, é que, nesta obra, vislumbra-se o Direito Administrativo como uma área voltada ao estudo da estrutura do Estado, adquirindo centralidade, conforme itens da terceira parte, o exame das matérias submetidas à regulamentação estatal.

A função atribuída à autoridade administrativa está exposta à página 34 do livro:

A autoridade administrativa tem uma função geral que é prover por meio de regulamentos à execução das Leis, manutenção da ordem pública, segurança do Estado, e às diferentes necessidades da sociedade; e duas funções especiais: 1ª exercer suprema inspeção sobre certos estabelecimentos públicos; 2ª administrar com zelo o patrimônio público.<sup>58</sup>

Também com base nessa passagem não há como se afirmar que o Direito Administrativo brasileiro preocupava-se, em suas origens, com a garantia dos direitos individuais, dado que a sua preocupação principal estava muito mais ligada a questões tipicamente de polícia, como pode se ver.

A segunda obra brasileira de Direito Administrativo, de autoria de José Antônio Pimenta Bueno, chama-se *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* e foi publicada em 1857.<sup>59</sup>

O que chama a atenção na obra é a crença desmedida do autor na razão iluminada. Da razão decorreria toda lei, de forma que os direitos seriam por ela necessariamente garantidos. Nessa perspectiva, logo na Introdução, Pimenta Bueno afirma:

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>59</sup> BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C, 1857.



O Direito Público e Administrativo compreendem as mais caras relações do homem e do cidadão. São eles que revelam a origem, natureza e extensão de seus direitos, são os reguladores das suas liberdades individuais e públicas, os árbitros conscienciosos dos interesses de todos e de cada um. (...)

Nosso direito público positivo é a sábia constituição política, que rege o império; cada um de seus belos artigos é um complexo resumo dos mais luminosos princípios do direito público filosófico, ou racional. (...) <sup>60</sup>

No livro, a divisão dos poderes e os direitos individuais em espécie abordados pela Constituição são tratados de maneira central. Como fica claro do próprio título do livro, a obra é dedicada ao estudo do direito público como um todo e não apenas ao estudo do Direito Administrativo. Por conseguinte, não se pode atribuir ao Direito Administrativo, pelo menos não de maneira direta, a garantia dos direitos individuais.

Fica afastado, todavia, certo exagero da doutrina administrativa de combate, que nega ao Direito Administrativo qualquer preocupação com a garantia de direitos.

Conforme Walter Guandalini Junior, contudo, a intervenção da Administração defendida por Pimenta Bueno não se dá com fins ao fortalecimento ou à defesa da sociedade, mas à sua satisfação, de forma que a preocupação central do autor é fornecer ao Estado um fundamento de legitimidade (ver abaixo). <sup>61</sup>

Em 1859, Veiga Cabral publica o livro *Direito Administrativo Brasileiro*. <sup>62</sup> Na obra, de caráter mais técnico, tanto a definição do Direito Administrativo como a conceituação de administração deixam de fazer qualquer referência à necessidade de garantia dos direitos dos sujeitos.

Deveras, para Veiga Cabral, o Direito Administrativo regula a atuação da Administração nas relações com a população ou com os cidadãos individuais “para execução das leis, decretos, e ordens expedidas por interesse geral ou local.” <sup>63</sup> Essa definição é compatível com o conceito de “administrar”, dado pelo autor: “administrar é aplicar a ação executiva aos detalhes do serviço público, remover os obstáculos

---

<sup>60</sup> Idem.

<sup>61</sup> GUANDALINI JUNIOR, Walter. *Gênese do direito administrativo brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. Curitiba: UFPR, 2011. 224 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 167.

<sup>62</sup> VEIGA CABRAL, P. G. T. *Direito administrativo brasileiro: compreende os projectos de reforma das administrações provinciaes e municipaes e as instituições que o progresso da civilização reclama*. Rio de Janeiro: Tipographia Universal de Laemmert, 1859.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 12.

que se opõem à sua marcha regular, e decidir as reclamações provenientes da execução das leis (...).<sup>64</sup>

Seguindo mais adiante, em 1862, é publicado o Ensaio sobre o Direito Administrativo Brasileiro, de Paulino José Soares de Sousa, o Visconde de Uruguai.<sup>65</sup>

É do livro do Visconde de Uruguai que se vê mais claramente algum atrelamento entre a atuação administrativa estatal e a necessidade de garantia dos direitos dos indivíduos. Dissertando, por exemplo, sobre o objeto do Direito Administrativo, explicita que a disciplina estuda as “relações da administração com o cidadão para a execução das leis e regulamentos, isto é, os direitos e deveres recíprocos dos administradores e administrados”.<sup>66</sup>

Na obra, o autor afirma que as boas instituições administrativas servem de garantia contra as mudanças políticas e contra o arbítrio revolucionário.<sup>67</sup> Mais adiante, Visconde de Uruguai explica o que entende por “boa organização administrativa”: “garantias de audiência, exame e conselho; na organização de contenciosos; na boa composição de tribunais administrativos; na forma do processo; nos recursos para a revisão e reconsideração dos casos em uma justa e razoável descentralização”. Finaliza, assim, que a boa administração é capaz de equilibrar a necessidade de atuação do executivo com a garantia contra os abusos.<sup>68</sup>

Observa-se da obra, contudo, que a principal preocupação do autor com a garantia dos direitos se dá na administração contenciosa, visto que, a ela, dedica tópico especial sobre “Necessidade de uma organização administrativa contenciosa que dê garantias. Quais devem ser?”, acusando o contencioso administrativo de não oferecer as garantias necessárias.<sup>69</sup>

Destarte, apesar de ficar patente a preocupação do Visconde de Uruguai com o delineamento claro das garantias dos indivíduos quando da existência de um

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>65</sup> URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1977.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 28-29.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 85-87.

processo, com a atuação graciosa da Administração parece que não havia preocupação imediata.

Antonio Joaquim Ribas, em 1866, publica a obra *Direito Administrativo brasileiro*,<sup>70</sup> dividida em cinco partes principais, conforme o próprio autor: I – noções preliminares que servem de objeto do livro, II – a organização administrativa espontânea, III – os serviços administrativos relativos aos interesses do estado, IV – os serviços relativos aos interesses dos administrados e V – a administração contenciosa.<sup>71</sup>

Interessante reparar que, no capítulo dedicado aos administrados, Joaquim Ribas trata da divisão entre nacionais, estrangeiros e escravos, esclarecendo quais direitos originários pertenceriam a cada classe. Como bem identificado por Walter Guandalini Junior, para Ribas, os direitos originários se fundamentam na própria natureza das coisas e não no exercício do poder imperial ou na ordem constitucional. Assim, por exemplo, declara que “a entrada e permanência de alguém na sociedade política devem ser fatos perfeitamente livres. A lei não pode intervir senão com o caráter de supletiva, isto é, para declarar a vontade presumida do indivíduo (...)”. Também graças a isso pode discordar da escravidão, que “é o desconhecimento formal dos direitos e da dignidade humana”.<sup>72</sup>

Pode-se concluir, portanto, que Joaquim Ribas vê no Direito Administrativo uma forma de garantia dos direitos individuais. O seu discurso, contudo, deixa entrever que ele é um personagem limítrofe entre o pensamento do Antigo Regime e da nova conformação político-jurídico moderna: ao mesmo tempo em que crê na existência de uma ordem que rege a sociedade mesmo antes das instituições jurídicas modernas (lei e Constituição), já pode falar em “dignidade humana”, atribuindo centralidade ao sujeito considerado em sua dimensão individual.

Estudando as obras que foram indicadas, Walter Guandalini Junior sustenta que o Direito Administrativo teve por função, no Brasil imperial, fundamentar e legitimar o poder político a partir da mitificação da figura do imperador.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Pinto & C., Livreiros Editores, 1866.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. XI-XII.

<sup>72</sup> GUANDALINI JUNIOR, Walter. *Op. cit.*, p. 165-166.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 10.

Isso posto, observando que o Estado brasileiro, na metade do século XIX, era uma instituição recém-criada e que tinha perdido o seu fundamento de legitimidade com a independência de Portugal, coube ao Direito Administrativo nacional servir-se como fundamento da legitimidade da construção do Estado.

O tema da centralização do poder a partir do Poder Moderador foi identificado como principal na doutrina publicística do Brasil Imperial também por André Peixoto de Souza.<sup>74</sup>

Assim, no Brasil em especial, parece ainda mais temerário afirmar uma ligação natural entre o Direito Administrativo e a garantia de direitos contra o abuso do poder estatal, já que, se já na Europa essa relação parece ter sido fruto de uma construção ideológica legitimadora do poder conquistado por uma classe sem história, no Brasil, o Direito Administrativo está ligado à construção do poder do próprio Estado.

À mesma conclusão também chegou Fernando Dias Menezes de Almeida, para quem a relação dos poderes estatais entre si era naturalmente um tema que merecia maior atenção pelos administrativistas do Império do que os direitos individuais, vez que o contexto histórico brasileiro da época “era antes o de se construir um novo Estado, após um processo de independência, do que o de se edificar um novo sistema de proteção dos indivíduos contra arbitrariedades de regime autoritário derrubado do poder.”<sup>75</sup>

Logicamente, não se pretende com isso afirmar que o Direito Administrativo brasileiro, em seus primórdios, não se preocupava com a contenção dos abusos contra os direitos dos indivíduos, como também se pôde entrever das obras analisadas. O que se intenta, tão somente, é indicar que o Direito Administrativo possuía uma função que não era única e que, nesse sentido, não pode ser examinado de modo simplista. Dessa maneira, tendo por função principal estruturar um Estado recém-criado, necessariamente havia tensão entre os poderes necessários à criação e fortalecimento dessa nova entidade e os direitos dos indivíduos, que deixavam de estar ligados a uma ordem natural para subsistirem

---

<sup>74</sup> SOUZA, André Peixoto de. *Direito público e modernização jurídica: Elementos para a compreensão da formação da cultura jurídica brasileira no século XIX*. Curitiba: UFPR, 2010. 196 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

<sup>75</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo, 2013. 439 p. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Administrativo) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo. p. 194-195.

apenas enquanto reconhecidos pelo Estado. Dessa mesma forma, constata-se que enquanto algumas obras parecem não se preocupar com a questão da necessidade de se garantirem os direitos dos indivíduos frente o Estado, as que chegam a tratar do assunto o fazem sob fundamentos diversos, ora invocando a necessidade de tutela pela lei, ora invocando uma ordem natural, razão pela qual não se pode atribuir ao Direito Administrativo uma função inerentemente ligada à garantia de direitos.

## 2.5 A IMPORTÂNCIA DA HISTÓRIA DO DIREITO O PARA O FUTURO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Neste primeiro capítulo, deixamos transparecer em vários momentos o motivo pelo qual a discussão sobre as origens do Direito Administrativo é realmente importante, não servindo apenas de introdução histórica.

Examinamos que atribuir às origens da área juspublicista contornos autoritários ou garantistas, tratando política, jurídica e/ou ideologicamente a questão, muitas vezes serve para reforçar os argumentos de determinada corrente quanto ao que se pretende propor quanto ao futuro do Direito Administrativo.

Considerando a discussão através da história do direito, alguns mitos sobre a origem do Direito Administrativo parecem restar desvelados. Nesse sentido, pudemos recolocar a questão em termos que parecem mais adequados, deixando de opor autoritarismo a garantismo e readequando a discussão segundo dois binômios: autoritarismo/democracia e garantismo/estado de exceção.

A partir desse aprofundamento teórico, muitas das confusões que têm sido criadas dentro do Direito Administrativo podem se resolver mais facilmente, dada a possibilidade de reconhecimento de que o direito pode ser concomitantemente autoritário e garantista.

Giannini, comentando o momento de formação do Direito Administrativo, também chega a conclusão semelhante, concluindo pelo caráter bipolar do Direito Administrativo:

Os dois princípios opostos que regiam o Estado liberal, isto é, igualdade jurídica formal e desigualdade política, encontraram na legislação administrativa um desenvolvimento desigual, predominando grandemente o segundo e resultando numa normativa administrativa fundamentalmente autoritária. Por outro lado, esta tendência encontrava um limite lógico nos princípios do sistema constitucional em que operava: se se reconheciam todos os princípios do novo tipo de Estado, a normativa administrativa autoritária devia estar concebida de tal forma que não superasse o limite de fratura do sistema. Em particular, o princípio da independência da jurisdição, de reconhecimento da liberdade e dos direitos fundamentais não podia operar mais do que num sentido antiautoritário.<sup>76</sup>

Baseados nas fontes da história do Direito Administrativo, podemos deixar, portanto, de tratar a discussão de maneira inocente, apontando para o fato de que não se podem ler as origens do direito público de maneira ingênua, como se a função do Direito Administrativo estivesse inerentemente ligada à promoção dos direitos.

Identificando-se que o discurso revolucionário sobre a necessidade de formação do Direito Administrativo atribuía ao Antigo Regime características pejorativas que nem sempre condiziam com o estado de coisas anterior, pode-se autorizadamente também se supor que as próprias origens do Direito Administrativo foram teorizadas de acordo com as conveniências da época.

Nessa perspectiva, a história do direito alerta-nos para os discursos atualmente ainda circulantes que ligam indissociavelmente o Direito Administrativo à garantia de direitos, assim como fazia o discurso revolucionário. Por certo, os discursos que pretendem demonstrar essa pretensa imbricação a partir da história, afirmando que o Direito Administrativo surgiu para garantir os direitos dos cidadãos contra os abusos do poder público, acaba por naturalizar essa sua função, como se lhe fosse inerente.

Exploramos neste capítulo, contudo, como o próprio Direito Administrativo pode ser usado para a negação de direitos. Desse modo, a noção de que há ligação imediata entre ele e a garantia de direitos precisa ser urgentemente desconstruída, para que se possa realmente indicar quais mecanismos são capazes de tornar essa ligação duradoura, já que, como vimos, ela não é imanente.

Com efeito, quando se reconhecem ao Direito Administrativo origens garantidoras, por mais que o discurso sobre o qual é edificada toda a teoria possa

---

<sup>76</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*. Traduzido por M. Baena del Alcázar e J. M. García Madaria. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1980. p. 55. Tradução livre.

parecer mais bem fundamentado, na prática isso significa que toda a construção teórica já está previamente legitimada. Portanto, basta fazer referência expressa a esse fundamento, ainda que consubstanciado em chavões como “interesse público”, para que toda teoria ou ação administrativa já esteja previamente dotada de legitimidade. Apenas se admitindo que o Direito Administrativo não tem uma função imanente é que se pode realmente exigir dele, em todas as suas teorias e para todas as atividades para as quais serve de instrumento, que realmente atue para a garantia de direitos, pois em cada caso deverá demonstrar essa sua orientação.

Supondo que a desconstrução da ligação imanente entre o Direito Administrativo e a garantia de direitos pôde ser tateada neste primeiro capítulo, trataremos, no próximo título, da necessidade de relegitimação do Direito Administrativo e dos modos possíveis para tal.

### **3 DO DIREITO ADMINISTRATIVO QUE TEMOS AO DIREITO ADMINISTRATIVO QUE QUEREMOS**

Partindo do pressuposto demonstrado no primeiro capítulo de que não há uma conexão natural e necessária entre o Direito Administrativo e a garantia de direitos – visto que, nas origens dessa área do conhecimento, esta não era, na prática e principalmente na experiência brasileira, a sua função principal – , analisaremos neste segundo título algumas das crises pelas quais o Direito Administrativo vem passando, principalmente aquelas que importam à crise do controle da atividade administrativa, e como se pode fazê-lo capaz de reconquistar a sua legitimidade.

#### **3.1 A CRISE DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A PERDA DE LEGITIMIDADE DO ESTADO**

O Estado, enquanto ente político criado artificialmente por determinado modelo de sociedade, depende de fatores que confirmam legitimidade à sua atuação.

Por certo, no momento de criação do chamado Estado Moderno, culminado com a instituição da sociedade burguesa e do Estado liberal soerguidos após a Revolução Francesa, era invocada teoricamente como fator de legitimidade do Estado a garantia dos direitos individuais dos cidadãos, como verificamos no capítulo antecedente, principalmente em virtude da criação e da aplicação do princípio da legalidade.

Disso já se pode entrever como a legitimidade do Estado, desde o seu momento de formação, interliga-se com os fundamentos do Direito, que passa a servir como sustentação para a forma de Estado implementada em determinado período histórico.

Logo, se num primeiro momento o Direito Administrativo encontrou legitimidade a partir dos seus pressupostos teóricos, ainda que sem correspondência na prática, como examinamos no capítulo anterior, na atualidade as meras promessas de garantia de direitos não são mais suficientes.



Partindo-se dessa premissa, seria de se esperar que a mudança do modelo de Estado implementado acarretaria imediatamente uma igual mudança nos fundamentos do Direito que o sustenta.

Todavia, não é isso que se vê com o Direito Administrativo brasileiro. À implantação do Estado Democrático Social com a Constituição Federal de 1988 não se seguiu a necessária revisão dos fundamentos da matéria juspublicista, o que acarreta sérias dificuldades para a concretização das promessas constitucionais.

Acompanhando-se os ensinamentos de Marcelo Neves, a ausência de concretização do texto constitucional faz com que ele perca a sua função legitimadora, transformando a Constituição em mero instrumento simbólico. Em sua lição:

A insuficiência de legalidade (auto-referência elementar) e constitucionalidade (reflexividade) é condicionada e condiciona, por fim, a reflexão jurídico-conceitualmente inadequada do sistema constitucional; diante da “realidade constitucional desjuridificante”, não é possível que se desenvolva uma dogmática jurídico-constitucional capaz de definir eficientemente as “condições do juridicamente possível” e, pois, de atuar satisfatoriamente como “controle de consistência” da prática decisória constitucional. Por tudo isso, o texto constitucional não se concretiza como mecanismo de orientação e reorientação das expectativas normativas e, portanto, não funciona como instituição jurídica de legitimação generalizada do Estado (...).<sup>77</sup>

A dificuldade em se concretizar o conteúdo da Constituição Federal muito se deve à incapacidade do Direito Administrativo de ofertar à Administração Pública instrumentos capazes de garantir os direitos sociais, já que ainda não foi capaz de se libertar do modelo teórico liberal típico do seu momento de origem. Com efeito, é o modelo de Estado que deve determinar o direito vigente, ao qual cabe se adaptar e acompanhar as transformações sofridas pelas instituições estatais e pelos objetivos constitucionais.

Destarte, o presente capítulo pretende demonstrar como a alteração do modelo de Estado deve corresponder necessariamente à mudança dos fundamentos do Direito Administrativo, de modo a obstar a perda de legitimidade da atuação estatal e impedir uma crise generalizada para a política e para a democracia.

---

<sup>77</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 185.

### 3.1.1 Os fundamentos do Estado Liberal e a legitimação conferida pelo Direito Administrativo

A primeira forma tomada pelo Estado Moderno foi a liberal, que, invocando teoricamente a necessidade de garantia dos direitos individuais contra o poder dos governantes, utilizou o princípio da legalidade e a separação dos poderes para se instituir.<sup>78</sup>

O poder, entendido segundo os termos do Estado liberal, passou a ser identificado conforme o Direito, de modo que o Estado se constituiu como Estado de Direito. O poder e o direito, portanto, passam a identificar na lei o momento da sua constituição; assim, a lei passa a ser equivalente ao poder e ao direito. Ou seja, o direito só passa a ser reconhecido enquanto tal na medida em que é constituído por uma vontade geral, que se assume como poder soberano. Nas palavras de Manuel Afonso Vaz, “não há direito fora da lei, pois só a lei, na sua generalidade que é a sua essência e critério de validade, exprime a racional e universal autonomia daquela vontade instituinte.”<sup>79</sup>

Dessa passagem, é fundamental observar que o direito se identificava com a lei, originariamente concebida, no Estado liberal, como forma de eliminação das forças políticas. Por certo, a lei, por representar a vontade geral, deve ter supremacia diante do Poder Executivo, de maneira que o Direito Administrativo, ao constituir o princípio da legalidade como um dos seus pilares de sustentação, relega a Administração a uma posição de subserviência ao Legislativo.

Com efeito, conforme a tradicional teoria do Direito Administrativo, trazida por Otto Mayer, a lei do Estado de Direito liberal se caracteriza por três principais marcos: a preeminência da lei ante a Administração, a subordinação dos direitos dos cidadãos tão somente à lei e a existência de juízes independentes responsáveis pela

---

<sup>78</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo, 2013. 439 f. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Administrativo) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo. f. 59.

<sup>79</sup> VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*. Porto: Universidade Católica Lusitana, 1992. p. 101-104.

aplicação exclusiva da lei nos casos de conflitos entre os cidadãos ou entre os cidadãos e a Administração.<sup>80</sup>

Deveras, o princípio da legalidade surgiu para tutelar os indivíduos diante de uma Administração cada vez mais interventora. Com o recurso à interposição legislativa, os atos do administrador público passaram a ter de ser explicados de acordo com a soberania do povo, freando-se, desse modo, as arbitrariedades cometidas pelo soberano. Conforme Pietro Costa:

Que o Estado de Direito se apresente essencialmente na qualidade de “administração *sub lege*” e se traduza na construção de uma jurisdição administrativa não é mera consequência de um impasse teórico, mas corresponde a uma necessidade historicamente impelente, vindo a constituir o contrapeso de um fenômeno aparentemente contrário, mas, na realidade, complementar: o protagonismo da administração, a sua crescente influência na dinâmica social. Se, de um lado, se acentua a tendência em utilizar a administração como instrumento de integração social e de composição dos conflitos, como veículo de reformas que diminuam os excessos da desigualdade sem pôr em jogo os mecanismos de distribuição do poder e da riqueza, de outro, se acutiza o temor em relação aos perigos que ameaçam a liberdade e a propriedade e se delineiam instrumentos que possam controlar e conter o intervencionismo estatal.<sup>81</sup>

Por esse ângulo, nota-se que o princípio da legalidade enunciava-se de maneira positiva, como vinculação rigorosa à lei. É produto dessa concepção a repetida lição de que “na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”<sup>82</sup>

Reduzido todo o Direito à lei, à Constituição sobrava apenas um papel secundário, vez que desprovida de eficácia jurídica. De acordo com Daniel Wunder Hachem, em virtude dessa ausência de normatividade, a Constituição e o princípio da separação dos poderes conviviam harmonicamente, pois o texto constitucional em geral se limitava a prever normas de caráter formal ou de organização e, nos

---

<sup>80</sup> MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Trad. de H.H. Heredia e E. Krotoschin. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 72.

<sup>81</sup> COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Editora UFPR, 2012. p. 137.

<sup>82</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 82-83.

casos em que se inscreviam direitos fundamentais, a sua concretização dependia de interposição de legislação integrativa.<sup>83</sup>

Demonstrada a centralidade do princípio da legalidade para a concepção clássica do Direito Administrativo, também fica perceptível a importância do princípio da separação dos poderes nesse contexto. Efetivamente, se a lei detinha papel central na organização política e jurídica, a interferência do Executivo e do Judiciário nas questões legais deveria ser mínima, visto que a ambos os poderes cabia apenas dar aplicação às disposições legais.

Reconhecidos como fundamentos do Estado Liberal a legalidade e a separação dos poderes, ao Direito Administrativo, responsável por movimentar as estruturas estatais, incumbiu construir instrumentos teóricos capazes de legitimar esse modelo de Estado.

Examinando o sistema de garantias jurisdicionais da época, Daniel Wunder Hachem sintetiza as três principais características do Direito Administrativo clássico, qualificando-o como liberal, subjetivista e individualista.<sup>84</sup>

O caráter liberal, subjetivista e individualista do Direito Administrativo era responsável por limitar teoricamente a atuação administrativa à proteção das liberdades do indivíduo contra os abusos estatais, de forma que a garantia de direitos que não os individuais não estava na pauta de preocupações desse ramo do direito. Nesse sentido, as pretensões não titularizadas por um indivíduo, como as sociais e coletivas, não encontravam respaldo no Direito.<sup>85</sup>

Essa concepção originária do Direito Administrativo dava sustentação ao Estado Liberal, condicionando-o e sendo por ele condicionado. Portanto, ao mesmo tempo em que se reconhecia ao Estado a necessidade de restringir seus atos à garantia dos direitos individuais de liberdade, o Direito Administrativo foi construído para dar suporte apenas para essa espécie de pretensão.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. f. 220.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 225-231.

<sup>86</sup> Em outros termos, esse movimento representa a construção do regime jurídico-administrativo de prerrogativas e sujeições.

### 3.1.2 Superação do Estado Liberal e perda da capacidade legitimadora do Direito Administrativo clássico

A concepção clássica do princípio da legalidade, trazida no item precedente, não encontra mais respaldo integral no Estado e no direito contemporâneos.<sup>87</sup>

Deveras, a prática dos órgãos administrativos demonstrou, há muito, a impossibilidade de a Administração Pública se orientar apenas de acordo com as leis, haja vista a proliferação de regras infra-legais disciplinadoras dos procedimentos administrativos, como instruções normativas, instruções de serviço, orientações normativas etc.

Almiro do Couto e Silva também identificou a insuficiência dessa definição do princípio da legalidade:

a noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma autorização legal para agir, mas, no exercício da competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado globalmente, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público.<sup>88</sup>

Essa insuficiência, entretanto, é apenas um dos aspectos daquilo que a doutrina tem chamado de “crise da lei”, observada em virtude da superação, no direito contemporâneo, do sentido clássico assumido pela lei. Efetivamente, várias são as críticas que têm sido dirigidas à noção clássica de lei, como se verá.

A crise da lei pode ser interpretada por dois ângulos, um estrutural e um funcional.<sup>89</sup> Estruturalmente, a crise da lei se confunde com a crise de representação e com a crise de legitimidade dos parlamentos, dado o distanciamento do trabalho do Legislativo das expectativas depositadas pela sociedade sobre este Poder. Sob

<sup>87</sup> Apesar de a concepção clássica da legalidade poder se confundir com a noção de legalidade estrita hoje utilizada, o princípio da legalidade, entendido em sua acepção genérica, não possui mais o mesmo significado.

<sup>88</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discrecional no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179/180, p. 51-67, jan./jun. 1990. p. 53.

<sup>89</sup> BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 145-204. p. 145.

outra perspectiva, funcionalmente a lei deixou de ser critério estrito de conduta exigível do Estado ou dos particulares, de forma que a sua centralidade no ordenamento jurídico resta abalada.

De fato, não há mais como se crer que a lei é expressão da “vontade geral”. O que temos visto hoje é que as leis são resultados de forças políticas particulares e setoriais. Se, em algum momento, a lei foi capaz de reunir a vontade dos diferentes grupos, como pretendiam os teóricos da modernidade, hoje regressamos, ainda que de modo obscuro, a uma ideia pré-moderna de regulamentação por setores sociais.<sup>90</sup>

Nesse mesmo sentido, afirma Manuel Afonso Vaz que as leis não passam de

prescrições de particulares forças políticas, de forças políticas parciais e partidárias, que, no quadro do sistema político-estadual, adquiriram a legitimidade para ditar o direito, a partir de uma sociedade dividida em diferentes forças sociais e políticas actuanes e intervenientes, ao nível do poder, e sustentadas em projectos ideológicos diferenciados.<sup>91</sup>

Segundo Clèmerson Merlin Clève, essa alteração radical estrutural da lei foi promovida pela conquista do sufrágio universal, que representou a abertura de debates oriundos da infiltração de novos anseios no ambiente parlamentar.<sup>92</sup>

No Estado Liberal, como investigamos, existia apenas o projeto político da burguesia, que podia atribuir a uma suposta “vontade geral” os seus próprios anseios políticos e econômicos. Nessa sociedade uniforme, a lei não encontrava nada superior a si, já que era reflexo de um ambiente político-social-ideológico bem definido e homogêneo.<sup>93</sup> Logo, a lei era um ente juridicamente ilimitado. Assim, quando observamos hoje a existência de vários projetos políticos na sociedade, podemos atribuir o fato à superação, ainda que parcial, daquele modelo de Estado.

Nos dias atuais, as leis não são mais instrumentos meramente jurídicos, pois representam verdadeiros meios de condução política. Em sentido formal-procedimental, afirma-se que o direito passou a ser o espaço para a conquista do

---

<sup>90</sup> Ver item 2.3.1.1.

<sup>91</sup> VAZ, Manuel Afonso. *Op. cit.*, p. 156-157.

<sup>92</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 48.

<sup>93</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 7. ed. Traduzido por Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 31.

consenso, pois as pessoas, partidárias de diferentes concepções de sociedade e de vida, utilizam-se dele como espaço de disputa. As teorias de Nikolas Luhmann e Jurgen Habermas, por exemplo, vêm confirmar essa tendência atual.

Nessa perspectiva, a Constituição consubstancia-se em espaço de luta jurídico-política. Conforme Clèmerson Merlin Clève:

O processo constituinte é, hoje, um processo que se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo Poder Constituinte, de sua obra. A luta, que se trava no seio da Assembleia Constituinte, após a elaboração do documento constitucional, apenas se transfere para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação). Por isso, a Constituição pode ser visualizada como processo e como espaço de luta.<sup>94</sup>

A crise da legalidade, em seu aspecto estrutural, é representada, ainda, pelo abalo na confiança da inerência da racionalidade à lei, dado que, como aferimos no capítulo anterior, às sociedades totalitárias, agindo sob o manto legal, foi possível produzir um cenário de guerra, destruição e perseguição.

Além dessas evidências da crise da legalidade, Binenbojm aponta também outros indícios do necessidade de abandono da noção clássica de lei: a inflação de leis, a superação da ideia de que a lei é o principal e mais importante meio de manifestação da vontade do povo, a existência de várias ações administrativas que se fundamentam em atos normativos diferentes da lei e a grande possibilidade de interferência do Executivo no Legislativo.<sup>95</sup>

O fenômeno da inflação legislativa é facilmente observável. O modelo social de Estado tornou o Poder Público responsável pela entrega de inúmeras novas prestações, diante da garantia de direitos de conteúdo social. Idealizadas sob a acepção tradicional da legalidade, essas novas funções tiveram de ser submetidas à previsão legal, mesmo que de maneira parcial e insuficiente.

Essa situação de inflação torna impossível à Administração manejar com conhecimento todas as leis que regulam os assuntos que deve gerir, além de tornar impraticável ao indivíduo conhecer todas as leis a que está submetido, tornando um disparate legislativo um dispositivo como o contido no artigo 3º da Lei de Introdução

<sup>94</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 18.

<sup>95</sup> BINENBOJM, Gustavo. O sentido..., p. 147-153.

às normas do Direito Brasileiro (“Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”).

Nessa mesma perspectiva, ainda, já é conhecido de todos o movimento de descodificação do direito e de desmistificação dos dogmas da completude e da clareza do ordenamento jurídico.<sup>96</sup>

Também os vícios da linguagem legislativa, o distanciamento do Parlamento dos cidadãos e a banalização do descumprimento da lei indicam o enfraquecimento da legalidade, incapaz de manter a unidade e a coerência do ordenamento jurídico.<sup>97</sup>

A superação da ideia de que a lei é a principal forma de manifestação da vontade do povo também já é noticiada pela doutrina há algum tempo.

Antônio Manuel Hespanha, em seu livro “Pluralismo Jurídico e Direito Democrático”, demonstra como o direito internacional, o direito dos negócios, a doutrina, a jurisprudência, o costume e os códigos de boas práticas, para além da mera regulamentação legal, já se tornaram fontes do direito que não se podem ser ignoradas. Em suas palavras, o “Estado tende a deixar de ser considerado quer como a origem única do direito quer como a fonte da sua legitimação última”. Continua:

Mesmo nos Estados democráticos, em que a vontade do Estado é tida como representando a vontade dos cidadãos e, por esta via, a fonte última da regulação das relações dos homens em sociedade, tende a pensar-se que essa vontade comum – ou da maioria – não regula tudo, nem regula de forma soberana – indisputada – aquilo que regula.

As pessoas – juristas ou leigos – parece tenderem a procurar o direito “autêntico” noutros lugares: na organização da vida corrente (...); nas práticas estabelecidas ou nas inevitáveis leis dos negócios (v.g., as “leis do mercado”, a *nova lex mercatoria*); nas regras geralmente seguidas em certo setor de atividades – as chamadas “regras da arte” (...); naquilo que é considerado como correto em certo ramo de atividade – as “boas práticas” (...); nas normas que são estabelecidas pelas organizações representativas de um setor específico do trato social (...); nas normas de direito supra estadual (...); nos consensos e acordos que as pessoas estabelecem entre si para regular relações entre elas (...); nas rotinas e usos comuns assentes; na comunidade de especialistas em direito (...).<sup>98</sup>

<sup>96</sup> Para uma análise sobre o movimento de descodificação e sobre a superação dos citados dogmas, ver PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Ainda que o autor dê ênfase ao Direito Civil, as transformações do ordenamento jurídico são observáveis em todos os ramos do direito.

<sup>97</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público...*, p. 234.

<sup>98</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013. p. 18-19.



Essa realidade já é conhecida há muito tempo pela Administração Pública, não só pela aplicação de outros diplomas jurídicos que não a lei, mas pela própria criação de normas infralegais que, no cotidiano da atuação administrativa, possuem relevância muito maior do que a própria legislação.

No outro lado da pirâmide normativa kelseniana, é imperioso reconhecer que a própria Constituição Federal passa a servir de parâmetro imediato para a atuação administrativa.<sup>99</sup>

Por ora, cabe apenas observar que o princípio da legalidade “não concentra mais em si todo o poder normativo”, dado que não por acaso a “Administração Pública nem sempre poderá fazer o que a lei, isoladamente, determinar, assim como nem sempre poderá deixar de fazer alguma coisa apenas por inexistir previsão legal.”<sup>100</sup>

De outra parte, há uma dificuldade técnica de atuação do Legislativo em algumas áreas. Como bem indica Clève, a emergência da sociedade técnica exige que haja celeridade na apresentação de soluções para problemas complexos, situação à qual o Legislativo não possui boa adaptação, dada a delonga caracterizadora dos procedimentos democráticos adotados em assuntos polêmicos.<sup>101</sup>

Enfim, quanto à interferência do Executivo nas funções legislativas, Gustavo Binzenbojm afirma que o Direito Administrativo atual é “em boa parte, fruto da competência normativa direta do Executivo, ou de leis editadas pelo Parlamento que foram propostas, votadas e aprovadas conforme o interesse e a conveniência da Chefia do Executivo.”<sup>102</sup>

Com efeito, Clèmerson Merlin Clève demonstra que, num país em que 85% das leis aprovadas pelo Congresso Nacional são de interesse do Poder Executivo e o qual é caracterizado por um contexto estrutural de um presidencialismo de

---

<sup>99</sup> Esse tema, que é central para este trabalho, será mais bem desenvolvido no item 3.2 deste capítulo, assim como no capítulo 4.

<sup>100</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 72.

<sup>101</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade...*, p. 50-51.

<sup>102</sup> BINENBOJM, Gustavo. *O sentido...*, p.153.

coalizão, os arranjos entre Executivo e Legislativo evidentemente são bastante frequentes, sejam eles feitos ou não com atenção à moralidade administrativa.<sup>103</sup>

Nesse sentido, também a concepção clássica de separação dos poderes parece restar superada, eis que a integração entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário é uma demanda crescente da sociedade atual, que funciona de modo cada vez mais rápido e técnico. Dessa maneira, muitas vezes um poder é chamado a assumir funções tipicamente atribuídas a outro, razão pela qual o princípio concebido pelo liberalismo precisa ser reinterpretado para dar conta dos problemas atuais, sob pena de, assim como o princípio clássico da legalidade, tornar-se um entrave para a solução de problemas enfrentados pela sociedade.

Pablo Lucas Verdú e Pablo Lucas Murillo de la Cueva indicam que hodiernamente a separação dos poderes deixou de ser um postulado dogmático para ser um princípio institucional tendencial. Portanto, deixa de significar uma separação mecânica, muito em virtude do desenvolvimento do sistema partidário, que, operando segundo a lógica maioria-oposição, também representa uma forma de impossibilitar a concentração de poderes. O princípio, portanto, passa a funcionar

---

<sup>103</sup> Sobre o tema, interessante destacar trecho de artigo escrito pelo paranaense ao *site* migalhas.com.br: “(...) O Presidente da República, entre nós, acumula competências que, para citar apenas um exemplo, o estadunidense está longe de possuir. Tem iniciativa de lei e de emenda à Constituição, algumas leis sendo inclusive de sua iniciativa exclusiva, pode editar medidas provisórias e leis delegadas, pode nomear livremente os seus ministros (nos Estados Unidos há necessidade de aprovação do Senado), aliás, em número exagerado, dispõe de milhares de cargos em comissão, pode contingenciar o orçamento que no Brasil, ao contrário de outros países, não é vinculante, inclusive as dotações derivadas de emendas parlamentares, dispondo, ainda, de verbas que distribui para Estados e Municípios em função de critérios políticos e, portanto, pouco racionais ou transparentes (transferências voluntárias). Pois, esse Presidente forte do ponto de vista jurídico, sob o ângulo político, diante da fragmentação do sistema partidário, da fragilidade dos mecanismos de sanção das condutas marcadas pela infidelidade do mandatário às diretrizes da agremiação, do modo de composição da Câmara dos Deputados (não representativo da população dos Estados) e do papel exercido pelo Senado Federal (Câmara revisora para todos os temas), tem dificuldades não propriamente para compor maioria, mas antes para manter a disciplina dos aliados, alguns deles fiéis, outros tantos oportunistas. Aqui reside a sua fraqueza. Que não importa em ingovernabilidade, como supunha Sartori, tanto que 85% das leis aprovadas pelo Congresso Nacional são de iniciativa ou de interesse do Executivo. O problema é o custo da governabilidade, um custo de tal modo transbordante que implica práticas transitando na contramão das promessas do Constituinte em relação à boa governança e aos princípios reitores da Administração Pública. O *mensalão* representaria de modo eloquente o que vem de ser afirmado. A exigência de governabilidade, que não é garantida de modo institucional, reclamaria uma espécie de *realismo político* suficiente para justificar determinadas condutas administrativas heterodoxas que vão sendo aceitas com naturalidade e despudor.(...)”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Presidencialismo de coalizão e administração pública*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163366,41046-Presidencialismo+de+coalizao+e+administracao+publica>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

apenas como tendência, atribuindo funções *prevalentemente* para cada um dos Poderes.<sup>104</sup>

Indicamos as principais causas da crise estrutural da legalidade e demonstramos a alteração do fundamental formal da lei, que passou de representação da vontade geral a meio de consenso entre os diversos grupos políticos e sociais. Logo, fica evidente que a nova concepção de lei também precisa encontrar fundamento material para que possa continuar atuando como estrutura do Estado, vez que não há mais como concebê-la como se a racionalidade e a justiça lhe fossem garantidas pela abstração.

A generalidade, a abstração e a permanência das leis não são mais características que possam ser atribuídas indistintamente à lei, que, assumindo um caráter intervencionista típico do Estado Social, passou a regular casos concretos.<sup>105</sup>

Em atenção a isso, Gustavo Zagrebelsky aduz que os direitos, garantidos residualmente pela lei de acordo com a soberania estatal, passam a ter significado próprio com as Constituições contemporâneas, pois se reconhece que são pré-existentes não só à lei, mas à própria Constituição.<sup>106</sup>

Sendo incabível, portanto, reduzir o direito à lei, o Estado de Direito precisa ser relido enquanto Estado de Direito material, democrático.

Obviamente, essa necessidade de releitura atinge diretamente o Direito Administrativo, que possuía no seu momento originário o princípio da legalidade como pilar fundamental.

Por certo, tendo o sentido clássico da legalidade entrado em crise, as bases teóricas do Direito Administrativo precisam ser revistas para que possam continuar servindo de fonte de legitimidade para a atuação estatal e administrativa, sob pena de se converter na própria fonte de corrosão da legitimidade.

Como investigamos, a crise do sentido clássico do princípio da legalidade – abordada aqui com maior profundidade por se ter identificado em tal princípio um dos pilares fundadores do Direito Administrativo – representa, em realidade, a própria superação do modelo liberal de Estado pelo modelo Democrático Social.

---

<sup>104</sup> VERDÚ, Pablo Lucas; CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. *Manual de Derecho Político*. v. I. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1994. p. 188-190.

<sup>105</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade...*, p. 55-56.

<sup>106</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 47 *et seq.*

Com efeito, reconheceu-se, principalmente no segundo pós-guerra, que a lei é instrumento insuficiente para a garantia de direitos, dada a facilidade de afastamento da sua aplicação na prática, de sorte que se passou a buscar mecanismos mais estáveis de previsão dos direitos, fazendo surgir a necessidade de se conceder maior força normativa às Constituições.

De outro lado, a instrumentalização da garantia dos direitos muitas vezes necessita de mecanismos mais flexíveis de previsão, pois a lei nem sempre é adaptada para a celeridade do mundo atual, bem como para a tecnicidade das questões enfrentadas pela sociedade. Por esse ângulo, a garantia dos direitos coletivos e sociais na maioria das vezes não se faz exclusivamente mediante lei.

O problema mais grave, todavia, encontra-se no fato de que o princípio da legalidade estrita impede o administrador público de atuar na ausência de lei, mesmo que o direito seja garantido constitucionalmente. Esse problema, insolúvel para a teoria clássica do Direito Administrativo, demonstra a necessidade de se repensar os fundamentos teóricos dessa área do conhecimento, já que a legitimação do Estado Democrático Social não se dá mais meramente pela conformidade da sua atuação com a previsão legal, mas pela efetiva entrega de direitos, sejam eles individuais, coletivos ou sociais.

Conforme o ensinamento de Daniel Wunder Hachem:

A visão ora proposta baseia-se na ideia de que o Direito exibe uma dupla função, composta de um “binômio inseparável”: proteção e realização. E o mesmo se passa com o Direito Administrativo. Se de um lado ele tem a finalidade de proteger como um escudo determinados bens jurídico-subjetivos contra a ação agressiva da Administração, de outro ele serve como uma arma que compele a realização, por essa mesma Administração, de valores tutelados objetivamente pelo Direito positivo. Assim, o Direito Administrativo contemporâneo possui uma dupla finalidade: regular juridicamente o poder político para contê-lo e discipliná-lo e, ao mesmo tempo, assegurar a eficácia e efetividade da ação administrativa. A atuação do Poder Público deverá ser, portanto, duplamente proporcional: a ela é proibido tanto o excesso quanto a inoperância.<sup>107</sup>

Aqui se entrevê, portanto, a necessidade de se tratar o Direito Administrativo em conformidade com a Constituição Federal.

---

<sup>107</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 213.

### 3.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO DIANTE DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Como visto no capítulo anterior, com o advento do Estado Democrático Social, principalmente no segundo pós-guerra, a pessoa humana se tornou o centro de imputações de uma ampla gama de direitos, adquirindo centralidade dentro dos ordenamentos.<sup>108</sup>

Os direitos dos sujeitos, dos vários tipos (civis, políticos e sociais), adquirem especial relevância, tornando-se a melhor opção contra o totalitarismo. Para isso, contudo, foi necessário apartar os direitos e o Estado e refundar a teoria da soberania estatal, já que a centralidade dos direitos já tinha sido sustentada pelo jusnaturalismo, sem que, todavia, isso tivesse bloqueado os anseios totalitários.

Nesse sentido, passa-se a crer na existência de uma ligação direta entre a pessoa e os direitos e na função legitimadora que os direitos exercem em favor do Estado. Realmente, os direitos deixam de ser benefícios emanados de acordo com a vontade do Estado para se constituir no próprio fundamento da atividade estatal, que só se legitima enquanto é capaz de garanti-los.

Nesse novo modelo de concepção do Estado, a centralidade conferida à pessoa dentro do ordenamento jurídico funda a chamada “democracia constitucional”, caracterizada para Pietro Costa por cinco principais elementos:<sup>109</sup>

- a) A existência de um ordenamento que garanta às pessoas todos os direitos funcionais à potencialização do ser humano;
- b) A garantia dos direitos a todos, em observância ao princípio da igualdade;
- c) Mantida a ideia de soberania popular, a substituição da crença do povo enquanto entidade unitária, já que passa a ser visto como a congregação de uma pluralidade;
- d) A crença no partido como componente indispensável do sistema político-institucional e como o principal veículo da participação política; e
- e) A substituição da noção de que os direitos são expressão da vontade do Estado, visto que passam a ser vistos como fundamento e condição de legitimidade do ordenamento.

---

<sup>108</sup> COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos...*, p. 280.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 281-283.

Sobre esse último tópico, vale transcrever a lição de Costa:

(...) segundo o constitucionalismo da segunda metade do século XX, esses direitos assumem no âmbito do ordenamento uma posição diferente daquela a eles reservada pela cultura jurídica do século XIX. Um indício desse novo clima é já a redação da Declaração universal dos direitos do homem: os direitos são entendidos, naquele texto e depois em geral na cultura jurídica do segundo pós-guerra, não como expressão da vontade do Estado (como queria o positivismo jurídico do tardio século XIX), mas sim como o fundamento e a condição de legitimidade do ordenamento. (...) Os direitos fundamentais são direitos positivos, mas ao mesmo tempo valem como fundamento (por assim dizer “infundado”) da ordem geral. Enquanto fundamentos do ordenamento, aqueles direitos parecem imutáveis, não modificáveis por golpes de maioria (...)<sup>110</sup>

Em termos dogmáticos, pode-se afirmar que a democracia constitucional se traduziu no neoconstitucionalismo, marco teórico surgido após a Segunda Guerra Mundial que visa a tornar material o conteúdo do Direito, atribuindo força normativa à Constituição e colocando-a em posição central no sistema jurídico.<sup>111</sup>

Riccardo Guastini sistematizou em sete as características principais da constitucionalização,<sup>112</sup> que passaremos a expor abaixo.

Em primeiro lugar, o neoconstitucionalismo, chamado pelo doutrinador de “constitucionalização do ordenamento jurídico”, necessariamente pressupõe que a Constituição seja rígida. Ou seja, a Constituição deve ser escrita e deve ser inderrogável por legislação ordinária; em outros termos, a alteração dos dispositivos constitucionais deve ser mais complexa do que a alteração dos dispositivos meramente legais, dada a superioridade da Constituição dentro do ordenamento.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 283-284.

<sup>111</sup> Esta dissertação adota o viés germânico da constitucionalização do direito, que dá ênfase à garantia dos direitos fundamentais. Fernando Dias Menezes de Almeida adverte-nos, contudo, que a questão da constitucionalização do direito já vinha sendo abordada na França, desde a metade do século XX, a partir de outro viés, influenciado principalmente por Georges Vedel. A perspectiva francesa da constitucionalização do direito impactou grandemente a teoria do direito administrativo brasileira do século XX, tendo implicado principalmente a adoção da noção de regime administrativo e das concepções de “prerrogativas e sujeições”. Almeida atribui a maior receptividade da teoria francesa da constitucionalização não à maior influência que a doutrina francesa exercia sobre a brasileira à época, mas também ao fato de que ela foi concebida “especificamente para se aplicar ao direito administrativo, sendo, pois, mais diretamente assimilável.” Para maiores informações, ver ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo, 2013. 439 p. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Administrativo) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo. p. 369-382; e VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Traducción de la 6ª edición francesa por Juan Rincon Jurado. Madrid: Aguilar, 1980.

<sup>112</sup> GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Trad. de José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 49-73.

Em segundo lugar, o neoconstitucionalismo exige que haja controle de constitucionalidade das leis, independentemente de ser do tipo concreto ou abstrato.

A inexistência dessas duas primeiras características, segundo Guastini, impossibilita o reconhecimento da adoção do neoconstitucionalismo. As demais características, contudo, podem estar presentes em maior ou menor medida num ordenamento, o que demonstra a sua maior ou menor constitucionalização.

A primeira dessas características graduais é a força normativa da Constituição. Segundo Guastini,

um dos elementos essenciais do processo de constitucionalização é precisamente a difusão, no seio da cultura jurídica, (...) da ideia de que toda norma constitucional – independentemente da sua estrutura ou de seu conteúdo normativo – é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos.<sup>113</sup>

Segundo o ensinamento de Clèmerson Merlin Clève, com a atribuição de força normativa à Constituição, ela passa a servir de critério de imposição de diretrizes específicas para o Estado e não mais apenas de instrumento de regulação do exercício do poder.<sup>114</sup>

Ademais, um sistema está mais neoconstitucionalizado quando maior é a possibilidade de “sobreinterpretação da Constituição”, ou seja, de interpretação extensiva da Constituição. Nessa lógica, ela deve irradiar seus preceitos para todas as demais normas jurídicas do sistema, razão pela qual é necessário entender que as normas constitucionais sejam capazes de servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade. Em virtude dessa característica, a toda norma constitucional deve ser reconhecido caráter vinculante.

Em terceiro lugar, conforme o neoconstitucionalismo, as normas constitucionais podem ser aplicadas diretamente às relações sociais, inclusive entre particulares, de maneira que resta superado o entendimento de que servem meramente como limites ao poder político.

O neoconstitucionalismo, ainda, recoloca o problema da discricionariedade política, já que a atuação administrativa passa a poder ser controlada por princípios constitucionais. As normas constitucionais ganham eficácia inclusive para as ações e as decisões dos administradores.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 53. Tradução livre.

<sup>114</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização...*, p. 18.

Por fim, a última característica do neoconstitucionalismo trazida por Guastini é a necessidade de revisita à problemática da interpretação da lei.

Essa característica evidencia que a lei deixou de ser o centro do ordenamento jurídico. Com o neoconstitucionalismo, o direito deixa de ser visto como ordenamento, pois é concebido como verdadeiro sistema jurídico cujo eixo central é a Constituição.

Consoante Paulo Bonavides,

a legalidade já não é o princípio dos princípios, qual fora ao tempo da sociedade do Estado liberal (...); já não mais fundamenta o Estado de Direito com a força das primeiras épocas constitucionais, já não esteia a ordem jurídica concreta com a mesma energia, a mesma confiança do passado.<sup>115</sup>

Deveras, a lei não vale mais pela sua própria natureza, pois só vale enquanto estiver em conformidade com a Constituição, cuja supremacia deve ser garantida não apenas abstratamente, mas inclusive no momento de produção de efeitos concretos das normas.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo dá à lei novo lugar, inferior à Constituição. A justiça deixa de estar vinculada à lei, como pretendiam os teóricos contratualistas, para estar alinhada à Lei Fundamental. Nesse sentido, a legalidade estrita perde parcialmente a importância que já desfrutou na história do direito, como visto no item anterior.

No direito pátrio, Luís Roberto Barroso identifica três marcos do neoconstitucionalismo: histórico, filosófico e teórico.<sup>116</sup>

Segundo Barroso, o neoconstitucionalismo vincula-se à constituição do Estado constitucional de direito, solidificado no fim do século XX (marco histórico), e representa a reaproximação entre direito e ética operada pelo pós-positivismo, o que constitui o seu marco filosófico.

No campo teórico, o neoconstitucionalismo é qualificado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por novos princípios de

---

<sup>115</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: Por um Direito Constitucional de luta e resistência, Por uma Nova Hermenêutica, Por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 284.

<sup>116</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, nov./2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 19 jul. 2015.



interpretação constitucional – como os da supremacia da Constituição, da interpretação conforme a Constituição, da unidade e da efetividade, entre outros, reconhecendo-se a possibilidade de uso da técnica da ponderação para a solução de conflitos entre normas constitucionais.<sup>117</sup>

A partir daí, a superação do Estado estritamente legal pelo Estado constitucional resta indubitável, assim como resta inconteste que o princípio da supremacia da Constituição adquire papel central.

Conforme o ensinamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, o princípio da juridicidade substituiu o princípio da legalidade nesse novo modelo de Estado para exigir da Administração a observância do direito como um todo, vez que a mera vinculação à lei caracteriza um Estado de direito de caráter eminentemente formal cuja insuficiência é manifesta:

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado. Por isso este não se bastou como Estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como “princípio da juridicidade”.<sup>118</sup>

O princípio da supremacia da Constituição pode ser entendido nesse mesmo sentido.

Embora o referido princípio possa ser entendido numa faceta puramente formal - como a construída por Hans Kelsen, em que o escalonamento do ordenamento jurídico guarda a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta, de sorte que a ela cabe “regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação”<sup>119</sup> – a supremacia da Constituição, no âmbito do neoconstitucionalismo, representa a superação dessa compreensão.

Com efeito, a supremacia da Constituição, entendida no âmbito do neoconstitucionalismo, indica a expansão do substrato material e axiológico da

---

<sup>117</sup> *Idem.*

<sup>118</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.79.

<sup>119</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*: versão condensada pelo próprio autor. 5ª ed. rev. Traduzido por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 103.

norma superior para todo o ordenamento jurídico,<sup>120</sup> razão pela qual tal característica material do neoconstitucionalismo pode ser entendida como a sua principal qualidade.

Nesse contexto, fica fácil demonstrar que a preocupação com a efetividade da Constituição adquire papel central nos estudos constitucionalistas, dada a necessidade de cumprimento das promessas e garantias contidas no Texto Maior.

A Constituição deixa de ser vista como uma compilação de normas dotadas de diferentes graus de eficácia e de ter uma função primordialmente orientadora para ser a esquematização de diferentes regras e princípios, todos dotados de eficácia vinculante e normativa, em prol da exigência de construção da sociedade prevista no Texto.

A necessidade de garantia dos direitos previstos na Constituição não pode ser apartada da centralidade a que foi alçada a pessoa humana. Destarte, a interpretação da Constituição deve ter sempre o sujeito concreto, considerado em sua individualidade, como ponto de partida e de chegada. Para isso, devem ser previstos e criados todos os mecanismos capazes de efetivar os direitos constitucionalmente inscritos.

É nesse ponto que a necessidade de relegitimação e ressignificação do Direito Administrativo aparece com maior evidência. Deveras, se ao Direito Administrativo incumbe concretizar o Direito Constitucional, se as bases de legitimação da Constituição foram alteradas, não há como o Direito Administrativo continuar se apoiando nos seus velhos fundamentos e certezas.

Não se pretende, de jeito algum, desprezar as conquistas já alcançadas pelo Direito Administrativo. Almeja-se, ao contrário, contribuir para que esse ramo do conhecimento continue servindo à realização e à emancipação da pessoa humana, valendo-se dos avanços já empreendidos e que acabaram, ao menos formalmente, com os vínculos de servilismo que caracterizavam as relações públicas.

Chegou o momento, contudo, de reconhecer os limites das construções administrativistas clássicas para que se possam garantir os direitos das pessoas para além da mera formalidade. Logo, a preocupação com a efetividade dos direitos conduz necessariamente a uma preocupação com a eficiência da atividade administrativa. Conforme lição de Daniel Wunder Hachem:

---

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*

(...) não é difícil concluir que a inatividade administrativa – aqui concebida como inação antijurídica da Administração Pública – afigura-se como o maior cancro do Estado Social de Direito. Ela se trata da postura estatal que mais se contrapõe ao comportamento que naturalmente se espera do Poder Público: o cumprimento espontâneo das atribuições que lhe são cometidas pelo Direito positivo.<sup>121</sup>

Deveras, o fator de legitimidade da atuação estatal mudou. Portanto, não é mais suficiente que a atividade administrativa seja legal. Ela deve ser, sobretudo, funcional, de modo que as medidas de poder de polícia e a prestação do serviço público devem necessariamente ser razoáveis e eficientes. Os cidadãos só consideram legítima a atuação do Estado quando serviços como saúde, educação, segurança e transporte público estão funcionando a contento.

Preocupados com isso, alguns autores já passaram a reconhecer a necessidade de virada legitimatória do Direito Administrativo. Destarte, velhos dogmas passam a ser questionados, como as prerrogativas da Administração e o seu poder exorbitante, dando-se lugar a construções teóricas mais preocupadas com a eficiência da atuação administrativa, como, por exemplo, com o desenvolvimento do direito à boa administração.

A instauração do Estado Social de Direito, deveras, representa, para o Direito Administrativo, três principais implicações, bem apontadas por Héctor Escola: a) a Administração Pública passa a ser a realizadora de direitos, b) a legalidade deixa de ser puramente formal e adquire conteúdo social, sem vulnerar os direitos individuais, que, todavia, deixam de ser absolutos, c) a atividade do Estado não basta ser legal, pois deve ser também eficiente, capaz de realmente alcançar as suas finalidades.<sup>122</sup>

Sob outra perspectiva, as prerrogativas de que goza a Administração Pública deixam de ser entendidas como decorrência da supremacia, para serem entendidas em virtude da sua legitimidade funcional e da sua natureza institucional, por exemplo.<sup>123</sup>

Com efeito, a criação e a estabilização dos aparatos administrativos modernos levaram muitas vezes à criação de um corpo burocrático autorreferente e autocentrado, muitas vezes desligado da necessidade de melhoria constante dos

<sup>121</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, f. 239.

<sup>122</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Volumen I. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 149.

<sup>123</sup> FREITAS, Juarez. *O controle...*, p. 60.

serviços administrativos. Desse modo, por mais que se possa afirmar que nunca se deu à Administração Pública a possibilidade de ser ineficiente, no presente momento a preocupação com a garantia dos direitos da pessoa humana e, conseqüentemente, com a eficiência da atuação administrativa, adquire papel central, já superada a fase inicial de instauração e consolidação do Direito Administrativo, de maneira que os seus fundamentos necessitam ser alterados.

Nessa perspectiva, trataremos brevemente de algumas novas construções decorrentes da preocupação com a necessidade de refundamentação da área, abordando o direito fundamental à boa administração pública, que servirá de base para a continuidade do trabalho.

### 3.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O direito à boa administração pública apareceu enunciado normativamente pela primeira vez na Constituição italiana de 1948, cujo artigo 97 dispõe que “os órgãos públicos são organizados segundo as disposições legais, sendo assegurados o bom andamento e a imparcialidade da Administração”,<sup>124</sup> tendo voltado a aparecer na Carta de Nice – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em 2000, em seu artigo 41.<sup>125</sup>

O direito à boa administração pública surgiu reunindo princípios já amplamente conhecidos no Direito Administrativo, como imparcialidade, igualdade,

---

<sup>124</sup> Disponível em: <[http://www.governo.it/Governo/Costituzione/2\\_titolo3.html](http://www.governo.it/Governo/Costituzione/2_titolo3.html)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>125</sup> O direito à boa administração pública aparece assim exprimido: “1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.” Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 19 jul. 2015.

contraditório, ampla defesa, transparência, motivação das decisões e responsabilidade do Estado.

A novidade trazida com o agrupamento de todos esses princípios sob um único direito consiste, todavia, no reconhecimento de que a boa administração pública perpassa primordialmente sobre a garantia dos direitos das pessoas. Não a burocratização, a operacionalização ou o funcionamento do aparato administrativo, mas a sujeição à necessidade de garantia dos direitos é que caracteriza a boa administração pública.

Explica-nos Jaime Rodríguez-Arana Muñoz:

A boa administração, ou o bom governo, aspira a colocar no centro do sistema a pessoa e seus direitos fundamentais. Sob esse ponto de vista, é mais simples e fácil chegar a acordos uns com os outros porque se trata de fazer políticas de compromisso real com as condições de vida dos cidadãos, e não fazer políticas para a ascensão na carreira partidária.

(...)

A boa administração, ou o bom governo, na democracia, deve estar fortemente comprometida com a busca de soluções aos problemas reais das pessoas a partir do entendimento, que será autêntico se estiver baseado na necessidade de melhorar as condições de vida dos cidadãos.<sup>126</sup>

Para que o modelo de Administração Pública seja adequado, deve-se ter em conta detalhadamente a definição do Estado a ser instrumentalizado.<sup>127</sup> Assim, a Administração Pública de um Estado Constitucional deve servir à garantia dos direitos das pessoas, de maneira que deve ser pensada e teorizada com fins a atingir esse propósito.

Segundo a lição de Juarez Freitas, não mais se admite o exercício da discricionariedade administrativa pela simples invocação da conveniência ou da oportunidade, visto que deve haver uma consistente e coerente justificação das escolhas administrativas, tanto intertemporalmente como valorativamente. Para ele, a liberdade só será legítima se “exercitada em conformidade com as regras e, acima delas, com os princípios e objetivos fundamentais da Constituição. Fora daí,

<sup>126</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 34, 36.

<sup>127</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito Fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 32.

cristaliza-se, em maior ou menor grau, a desconcertante arbitrariedade por ação ou omissão.”<sup>128</sup>

Daniel Wunder Hachem atenta-nos para o fato de que a inconstitucionalidade por omissão administrativa é tão ou mais grave do que a inconstitucionalidade ativa, dado que se constitui numa violação substancial da Constituição, atentando contra os valores jurídico-políticos mais caros do sistema de direitos humanos.<sup>129</sup> Apesar da gravidade da inação, contudo, em geral ela é menos perceptível do que a ação inconstitucional, também contando com menos instrumentos que lhe combatam.<sup>130</sup>

O direito fundamental à boa Administração Pública aparece nesse contexto, portanto, e, enquanto direito fundamental, deve ser apreendido a partir de duas dimensões: uma subjetiva e outra objetiva.

A dimensão subjetiva do direito fundamental à boa Administração é mais facilmente compreensível, pois compreende exatamente a posição jurídica da pessoa de exigir o bom funcionamento da Administração. Nas palavras de Ana Carolina Lopes Olsen, tratar um direito fundamental como direito subjetivo significa que “o titular do direito poderá exigir judicialmente o cumprimento da obrigação objeto da norma diretamente do seu destinatário.”<sup>131</sup>

Compreender o direito fundamental à boa Administração em sua perspectiva objetiva, contudo, representa a grande possibilidade de releitura e refundamentação do Direito Administrativo, já que garante a sua irradiação a todo o ordenamento jurídico, apontando a exigência de aperfeiçoamento da função administrativa.

Ingo Sarlet identifica vários aspectos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, a perspectiva axiológica indica que os direitos fundamentais representam a ordem de “valores objetivos fundamentais da comunidade”. Nesse sentido, “os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada (...) também sob o ponto de vista da

---

<sup>128</sup> FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. ref. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 13-15.

<sup>129</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, f. 240.

<sup>130</sup> *Ibidem*, f. 244.

<sup>131</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 95.

sociedade, (...) já que cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.”<sup>132</sup>

Nesse primeiro sentido, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais representa uma função legitimadora do Estado, já que constitui elementos de consenso sobre os quais se funda a sociedade.<sup>133</sup>

Ainda, a perspectiva axiológica exige “a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.”<sup>134</sup>

Outrossim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais determina também a existência da chamada eficácia irradiante de tais direitos, de forma que toda a interpretação normativa deve ser feita conforme a Constituição.<sup>135</sup>

Ponderando que é no âmbito da função administrativa que os demais direitos fundamentais são concretizados, o aperfeiçoamento da função administrativa é, na lição de Vanice Regina Lírio do Vale, o caminho mais eficaz para assegurar sua efetividade.<sup>136</sup>

Nas palavras de Konrad Hesse, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais representa a obrigação do Estado não apenas de se abster de ingerências indevidas no âmbito dos direitos fundamentais, mas também uma obrigação positiva de fazer “tudo aquilo que sirva à realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não haja uma pretensão subjetiva dos cidadãos.”<sup>137</sup>

Olhar o direito fundamental à boa administração sob a dimensão objetiva faz perceber que as pessoas só conseguem ter serviços públicos de qualidade se a atividade administrativa, seja ela de prestação, de regulação, de concessão ou de controle, for pensada e prestada adequadamente. Assim, percebe-se que a centralidade da pessoa humana no sistema jurídico só pode ser bem tutelada se se observarem todas as irradiações que partem dela.

---

<sup>132</sup> SARLET, Ingo Wolf. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 160.

<sup>133</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 20-21.

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolf. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>135</sup> *Idem*.

<sup>136</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>137</sup> HESSE, Conrado. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA et. al. In: *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 83-115. p. 94.

Nessa lógica, a construção teórica clássica do Direito Administrativo, construída sobre o privilégio e a prerrogativa, perde espaço para uma concepção mais aberta, dinâmica e humana, em que esse ramo jurídico se compromete de modo mais incisivo com a melhoria das condições de vida da população.<sup>138</sup>

Não é outro o entendimento de Vanice Regina Lírio do Valle, para quem a compreensão de que a estrutura de poder deve estar orientada à garantia da centralidade do homem representa verdadeira revolução copernicana no direito público.<sup>139</sup>

Fica evidente que a Administração precisa deixar de agir tão somente nos momentos de crise, em que a ineficácia da sua atuação já gerou consequências desastrosas. A boa administração pública exige que o governante se adiante na determinação de políticas,<sup>140</sup> de maneira a possibilitar que a tutela dos direitos constitucionais possa ser buscada. Isso indica a necessidade de releitura de algumas concepções clássicas do Direito Administrativo, como a ideia de que a atuação administrativa se dá principalmente por atos administrativos e de que o controle posterior de legalidade é suficiente.

A legitimidade da atuação administrativa, portanto, precisa ser relida à luz desses pressupostos, encontrando-se novo fundamento para ela. A confiança da população nas instituições vem se desgastando com o tempo, sendo que um “dos objetivos das reformas da gestão pública em marcha em tantos países do mundo é precisamente restabelecer a confiança dos cidadãos na Administração e no Governo.”<sup>141</sup>

Nessa mesma lógica, Vanice Regina Lírio do Valle indica que, atualmente, coexistem duas situações aparentemente contraditórias: a crença na democracia como melhor opção política e a queda de credibilidade nas estruturas que lhes são próprias. Dessa maneira, tornou-se inevitável investigar soluções possíveis para o convívio social, desprezado o recurso ao autoritarismo.<sup>142</sup> Mais a seguir, completando o seu raciocínio, afirma que a solução encontrada, que só se

---

<sup>138</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Op. cit.*, p. 133.

<sup>139</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>140</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>142</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*, p. 30.



desenvolve plenamente no início do século XXI, é do reconhecimento de que a legitimidade da atuação administrativa repousa não na conformidade com a lei, mas na “sintonia com seus compromissos finalísticos e nos resultados alcançados a partir de suas estratégias de atuação.”<sup>143</sup>

Consoante Juarez Freitas, o direito fundamental à administração pública é o direito fundamental a uma Administração Pública “eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade (...)”. Continua: “A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades.”<sup>144</sup>

Já conforme Rodríguez-Arana Muñoz:

Tratar sobre o direito fundamental da pessoa a uma boa administração significa expor a questão desde a perspectiva do cidadão: o Direito Administrativo considerado a partir da posição central do cidadão. Esse ponto de vista foi tradicionalmente superado pela concentração de abordagens e dimensões relativas à Administração Pública (...) porque até há pouco tempo, relativamente, a centralidade nos estudos e comentários sobre a função da Administração Pública centrava-se excessivamente na própria organização administrativa, que se analisava à exaustão a partir de diferentes ângulos, olvidando-se, isto é o surpreendente, do destinatário natural e próprio das políticas públicas, dos poderes públicos: o cidadão.<sup>145</sup>

Pelo viés objetivo de tal direito, portanto, constata-se que os direitos fundamentais sociais, enquanto direitos dependentes de serviços e de prestações submetidos ao Estado, exigem, para a sua efetividade, o desenvolvimento adequado da função administrativa.<sup>146</sup>

Conforme os ensinamentos de Juarez Freitas, no Estado Constitucional deve haver controle administrativo de constitucionalidade da implementação das políticas públicas, de maneira que a discricionariedade administrativa não pode ser exercida com excesso ou abuso nem com insuficiência.<sup>147</sup> Segundo ele, deve-se “empreender

---

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 88-89.

<sup>144</sup> FREITAS, Juarez. *Direito fundamental...*, p. 21.

<sup>145</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>146</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>147</sup> FREITAS, Juarez. *Direito fundamental...*, p. 27.

uma releitura imbricada das políticas públicas e da discricionariedade administrativa, de ordem a estimular que o Estado-Administração, em vez de fazer de conta que é inteiramente livre, aplique as pautas constitucionais de ofício.”<sup>148</sup>

Por esse ângulo, fica incontestável que, após o advento do neoconstitucionalismo, a postura da Administração Pública deve ser outra, vez que resta inexoravelmente atrelada à Constituição.

Sendo assim, todas as suas ações devem encontrar respaldo no Texto Maior, sendo que as escolhas administrativas que se fizerem necessárias em contextos de contingência necessariamente deverão acompanhar as prioridades eleitas pela Constituição.<sup>149</sup>

A omissão administrativa quanto ao implemento de determinados direitos garantidos constitucionalmente deve ser interpretada conforme esse novo panorama neoconstitucional, não bastando mais apenas a mera invocação da discricionariedade administrativa.

Em consequência, o controle da discricionariedade, conforme nos adverte Juarez Freitas, “deve ser efetuado, com ênfase, no tocante às motivações e aos resultados, porque a discricção existe somente para que se materializem, com presteza adaptativa, as vinculantes finalidades constitucionais.”<sup>150</sup>

Nos termos de Daniel Wunder Hachem:

É chegada a hora de o Direito Administrativo pátrio manter as suas garantias conquistadas nos últimos séculos mas, concomitantemente, deixar de se preocupar apenas com as ações administrativas agressivas e com os direitos individuais para começar a trabalhar também contra as omissões antijurídicas da Administração e em favor da tutela dos interesses transindividuais.<sup>151</sup>

Uma das principais características desse modo de se sustentar teoricamente a administração pública é a participação. Por meio da participação na formulação e na implementação das políticas públicas, valoriza-se a cidadania e, por conseguinte,

---

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>149</sup> Sobre o assunto, ver BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea*. 2006. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

<sup>150</sup> FREITAS, Juarez. *Direito fundamental...*, p. 44.

<sup>151</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, f. 233.

a dignidade da pessoa humana. Essa visão reconhece que a atuação estatal não pode ser entendida apenas a partir de critérios técnicos, dado que diz respeito fundamentalmente à vida das pessoas, que devem ser ouvidas durante os processos de construção das políticas públicas.<sup>152</sup> Desse modo, fica irrefutável que, no Estado Democrático de Direito, a centralidade da consecução de resultados não pode deixar de estar acompanhada da presença da sociedade enquanto agente de deliberação.<sup>153</sup>

Conforme o ensinamento de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, a participação deve ser entendida como verdadeiro *método* de atuação da Administração Pública. Para ele, as

novas políticas públicas exigem que se esteja receptivo, que se tenha a sensibilidade suficiente para captar as preocupações e interesses da sociedade em seus diversos setores e grupos, nos indivíduos e coletividades que a integram (...) a conexão real com os cidadãos, com as pessoas, exige diálogo real. E diálogo real significa interlocutores reais, concretos, que são os que encarnam as preocupações e as ilusões concretas, as reais, as que pretendemos servir.<sup>154</sup>

É, ademais, no reconhecimento da centralidade da participação para o direito à boa administração que se percebe o distanciamento da nova construção teórica que ora se propõe do ideário que sustentou a Reforma Administrativa brasileira do fim do século XX, baseada em compromissos individualistas e gerenciais que desprezavam princípios constitucionais centrais, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade.<sup>155</sup>

A participação que aqui se propõe não é a mesma proposta por aquele movimento reformador. A participação pressupõe não o convencimento ou a transmissão de algo, mas a escuta, como nos ensina Rodríguez-Arana Muñoz. Para ele, participar é, primordialmente, escutar – não numa atitude passiva, mas de acordo com uma disposição ativa e orientada para se verdadeiramente alcançar as palavras do interlocutor e compreender o seu modo de entender a realidade.<sup>156</sup>

---

<sup>152</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>154</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>155</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>156</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Op. cit.*, p. 43.

Thiago Lima Breus identifica nas políticas públicas, nesse mesmo ângulo, um mecanismo de redução da crise de legitimidade estatal, pois permitem maior participação social.<sup>157</sup>

Rodríguez-Arana Muñoz aduz, ainda, que, ao lado da participação, também a abertura à realidade é pressuposto inerente à boa administração pública.

Portanto, deve haver aproximação real com as condições objetivas da situação, devendo a experiência ser admitida como um elemento essencial da boa administração.<sup>158</sup>

Nessa perspectiva, a boa administração pressupõe que a atividade administrativa chegue perto dos cidadãos, sinta as suas dificuldades e ouça as suas sugestões. O viés objetivo do direito fundamental à boa administração, portanto, pressupõe que a situação real enfrentada e que se pretende resolver ou repensar deva ser enfrentada com seriedade e com recurso à apreensão da situação concreta.

Com a introdução da participação e da realidade no âmbito da atividade administrativa, muda o conteúdo do velho conceito de interesse geral:

Com efeito, o interesse geral, que é o interesse de toda a sociedade, de todos os integrantes da sociedade, já não é assumido completamente pelo poder público, já não pode ser objeto de definição unilateral pela Administração. Agora, como consequência da projeção da diretriz da participação, o interesse geral deve abrir-se à pluralidade, de maneira que o espaço público possa ser administrado e gestionado levando-se em consideração a multiforme e variada conformação social.<sup>159</sup>

Para ele, a perspectiva iluminista do interesse público, tendo consagrado a hegemonia da burguesia, não é compatível com um sistema substancialmente democrático, em que a Administração Pública e aqueles que a compõem devem estar plenamente à disposição dos cidadãos.<sup>160</sup>

A leitura do direito fundamental à boa administração pública sob o seu viés objetivo auxilia, ainda, a compreender que o controle judicial da atividade

<sup>157</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea*. 2006. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 172.

<sup>158</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 142.

administrativa, calcado na maioria das vezes sob a perspectiva da tutela de direitos de titularidade individual do cidadão, não pode ser visto como o único recurso de controle de atividade administrativa.

Deveras, o Poder Judiciário foi concebido e está estruturado para julgar pretensões de caráter eminentemente individual, de modo que as atuações administrativas sociais e coletivas antijurídicas, sejam elas ativas ou omissivas, acabam não encontrando lugar judicial facilitado de controle.

Logo, ao se considerar o direito à boa administração em seu viés objetivo, facilita-se a identificação dos “empecilhos que emperram a máquina administrativa de funcionar regularmente e cumprir voluntariamente os mandamentos constitucionais e legais, sem necessitar de comandos externos coercitivos para tanto.”<sup>161</sup>

Desse modo, percebe-se que, se a Administração Pública funcionasse satisfatoriamente, não seria necessário o recurso ao Poder Judiciário. Por outro lado, fica evidenciada a necessidade de desenvolvimento de outras formas de controle que estejam vinculadas à perspectiva objetiva da atuação pública, dada a incapacidade do Judiciário para lidar satisfatoriamente com essa espécie de questão.

### 3.4 O DIREITO ADMINISTRATIVO COMO GARANTIDOR DE DIREITOS

Apesar de a crise do princípio da legalidade e da concepção estrita da separação dos poderes indicar a superação do Estado liberal, o Direito Administrativo ainda não passou por uma reavaliação completa dos seus fundamentos e de seus conceitos, de maneira que a sua capacidade operativa e de resolução dos problemas da Administração Pública vem dando sinais de esgotamento.

É nesse contexto, portanto, que se apresenta como o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito Administrativo, ao colocarem a pessoa no centro

---

<sup>161</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, f. 232.

das preocupações do direito, são capazes de propor soluções para os problemas apresentados.

À medida que os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente estão ligados à personalidade da pessoa humana, o Direito Administrativo deve ser totalmente relido para incorporar tal preocupação como o seu principal fundamento, de forma que toda a sua estrutura teórica deve passar por uma reavaliação, iniciando-se com o reconhecimento do direito fundamental à boa administração pública.

Sobre o assunto, Juarez Freitas escreve:

Dito de outro modo, o Direito Administrativo emite sinais – ainda tímidos – de se encaminhar para o papel concretizador das políticas públicas que transcendem a mandatos, com o enfrentamento dos motivos fisiológicos que desviam a alocação dos escassos recursos públicos. Mais: tendem a ser adotadas agendas objetivamente aferíveis em matéria de saúde, educação, transporte e segurança – ou, numa expressão-síntese: desenvolvimento humano.<sup>162</sup>

Nesse sentido, tornando-se a Administração Pública capaz de entregar os direitos garantidos pela Constituição, todo o Direito e o Estado reforçam seus fundamentos de validade, dando vigor à coesão social, vez que a observância e a promoção do Texto Maior podem desenvolver a confiança e a aderência ao texto constitucional.<sup>163</sup>

Dessa maneira, mais do que a mera garantia das liberdades, o Estado, por meio da Administração, deve assegurar o sentido positivo das liberdades, o que vem sendo exigido pelo povo na forma de serviços públicos eficientes acessíveis a todos.<sup>164</sup>

Essa tendência de garantia da justiça material, por sua vez, já vem sendo indicada pela doutrina estrangeira há algum tempo, dada a insuficiência da ideia de pura vinculação à lei, como visto.

---

<sup>162</sup> FREITAS, Juarez. *O controle...*, p. 42.

<sup>163</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Traduzido por Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 181.

<sup>164</sup> FALLA, Fernando G. *Las transformaciones del Régimen Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. p. 24-26.

## 4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO BRASILEIRA DO CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Neste capítulo, repensaremos o controle da atividade administrativa a partir da constitucionalização do estudo do Direito Administrativo.

Observamos no capítulo anterior como o atraso do Direito Administrativo tem o tornado incapaz de lidar com muitos dos problemas que são postos para a Administração Pública resolver, e como isso tem gerado a perda de legitimidade da atuação do próprio Estado. Indicamos, ainda, como a releitura do Direito Administrativo a partir do neoconstitucionalismo, do direito fundamental à boa administração pública e de um viés efetivamente garantista e participativo sugerem a superação do paradigma clássico liberal, proporcionando o resgate da legitimidade da atividade administrativa.

Tendo essas questões como pressupostos, passaremos a abordar a atividade de controle da atuação administrativa desenvolvida no Brasil.

Verificamos que já há contribuições claras iniciais da doutrina sobre a necessidade de releitura dos paradigmas clássicos do Direito Administrativo.<sup>165</sup>

O tema do controle, contudo, ainda não passou por essa revisão teórica, talvez pela falta de prestígio da matéria, quando comparada a temas clássicos, como o ato administrativo e o serviço público, por exemplo, ou mesmo pela ausência de interesse dos administrativistas, que, cedendo espaço ao direito processual civil,<sup>166</sup> consideram que as contribuições dadas pela área processualística ao controle judicial já estariam suprimindo essa necessidade de releitura.

Entretanto, o controle da atividade administrativa não é levado a cabo apenas pelo Poder Judiciário. Como se pretende demonstrar neste capítulo, este é apenas

---

<sup>165</sup> Na maioria das vezes, essas contribuições são dadas com suporte na construção de novos fundamentos teóricos (como vimos no capítulo anterior, com o direito à boa administração pública) ou a partir da releitura de temas tradicionais. Para maiores informações sobre a releitura de temas como o processo administrativo, o serviço público ou a responsabilidade civil do Estado, recomenda-se a leitura de HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

<sup>166</sup> A nossa restrição ao direito processual civil deve-se apenas a uma questão de recorte metodológico, não significando que outros ramos do direito, como o direito processual penal e o direito constitucional, não estejam também ocupando espaços que poderiam ser mais bem examinados pelo direito administrativo.

um dos controles aplicáveis à atuação da Administração Pública, sendo que a constitucionalização do controle deu ênfase a outros controles mais específicos desse tipo de atividade. Quando afirmamos isso, estamos a nos referir principalmente ao controle atribuído pela Constituição Federal aos Tribunais de Contas, que, apesar de deterem competências muito mais amplas e efetivas de controle da atividade administrativa, muitas vezes são menosprezados teoricamente tanto pelo Direito Administrativo como pelo direito constitucional.

Dessa maneira, neste capítulo traremos inicialmente o tratamento clássico dado ao tema do controle da atividade administrativa, que se limita na maioria das vezes à classificação da atividade de controle. A partir disso, nos demais tópicos, identificaremos quais são os problemas dessa visão simplificadora da matéria e abordaremos como a questão é colocada pela Constituição Federal de 1988. Desse modo, pretendemos demonstrar o papel central atribuído aos Tribunais de Contas no sistema de controle da atividade administrativa e em que medida o controle atribuído a esses órgãos é fundamental no resgate da legitimidade do Direito Administrativo como um todo. Para isso, demonstraremos quais são os limites dessa atividade de controle, principalmente no que tange à atividade discricionária da Administração Pública, e a qual posição o controle realizado pelos Tribunais de Contas deve ser alçado quando comparada ao controle judicial, que tem sido o protagonista na fiscalização da atividade administrativa.

Desse modo, também fica desde já delimitado que este trabalho se refere à atividade brasileira de controle, razão pela qual a situação do controle no direito comparado não será abordada de modo apartado.

#### 4.1 A VISÃO CLÁSSICA DO CONTROLE

A atividade de controle tem por função examinar os atos provenientes dos órgãos administrativos, a fim de determinar se se conformam com as normas vigentes e com a finalidade específica estipulada por elas.<sup>167</sup>

---

<sup>167</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Volumen I..., p. 41.



A questão do controle da atividade administrativa adquire importância maior quando a atividade controlada é de natureza discricionária.

Por certo, quando a atividade administrativa é vinculada, ou seja, quando a atividade que cabe à Administração está prevista de modo específico em lei, a atividade de controle consiste basicamente na verificação da observância do princípio da legalidade.

Todavia, quando ao administrador é deixada a possibilidade de decidir, diante do caso concreto, qual atitude tomar, aumentam os riscos de serem tomadas medidas abusivas, de forma que também aumenta a complexidade da atividade de controle, que não encontrará no instrumento simples da lei os parâmetros da fiscalização.

Não se ignora que já foram muitas as páginas escritas sobre o tema do controle da discricionariedade. Contudo, a discussão, em geral, gira em torno do controle judicial e é conduzida sob a perspectiva do processo civil. Ao Direito Administrativo caberia, então, apenas limitar o âmbito de abrangência dessa espécie de controle, garantindo ao administrador público exclusividade sobre a determinação da oportunidade e da conveniência da sua atuação.

O enfoque que se pretende dar, todavia, é outro. Efetivamente, o controle é uma matéria que também é estudada dentro do Direito Administrativo, que, para além do controle judicial, evidencia a existência de outros meios de controle.<sup>168</sup>

É sobre esses outros meios de controle, mais especificamente quanto ao controle desenvolvido pelos Tribunais de Contas, que se pretende discutir e indicar o seu âmbito de abrangência.

Nesse sentido, restará aberta a possibilidade de se discutir o controle da atividade administrativa segundo um novo viés.

De início, contudo, é preciso reconhecer que o próprio conceito da atividade de controle da atuação administrativa é controvertido, pois depende do foco que se pretende dar à fiscalização.

Na concepção mais tradicional, controle é a verificação da conformidade entre a ação da Administração Pública e um parâmetro.<sup>169</sup> A ideia de comparação é ínsita a esse conceito, que era suficiente para o momento de construção do Estado

---

<sup>168</sup> Sobre a discricionariedade e o seu controle, aprofundar-nos-emos no item 4.4.

<sup>169</sup> MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 22.

Moderno, em que a preocupação principal da fiscalização se restringia à arrecadação tributária.<sup>170</sup>

Entretanto, com a diversificação das atividades estatais, a própria atividade de controle teve de se remodelar. Nessa lógica, o controle passou a ser instrumento do processo decisório, servindo como ferramenta para o redirecionamento das ações administrativas.<sup>171</sup>

Dada a divergência sobre o próprio conteúdo da atividade de controle, Marçal Justen Filho diferencia o controle-fiscalização, típico das atuações em que a comparação entre a previsão e a atividade estatal real é o item central, do controle-orientação, em que a preocupação principal é a necessidade de reorientação da atividade controlada.<sup>172</sup>

Para além dessa divergência conceitual, o controle costuma ser classificado pela doutrina do Direito Administrativo de acordo com três principais critérios: a) relação entre controlador e controlado; b) tempo do controle; e c) modo de desencadeamento do controle.

Conforme a relação entre o controlador e o controlado, o controle pode ser interno ou externo, em razão de o agente controlador pertencer à estrutura do controlado ou não. Quanto ao tempo de controle, pode ser ele prévio, concomitante ou posterior à atividade controlada. Finalmente, o controle pode ser desencadeado<sup>173</sup> de ofício, a pedido da parte ou de forma obrigatória, quando deve ser iniciado de acordo com o previsto normativamente.

Feitas essas considerações iniciais sobre o controle, resta perquirir, por razões de delimitação do trabalho, quais são os atores principais da atividade de controle externo da atuação da Administração Pública, já indicada a possibilidade de existência de controle interno.

Em razão da teoria dos freios e contrapesos, pode-se concluir que a Administração pode ser controlada tanto pelo Poder Legislativo como pelo Poder

---

<sup>170</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 36-37.

<sup>171</sup> *Idem*.

<sup>172</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1132.

<sup>173</sup> CENSIO, Jorge Silva. El control de la administración. *Revista de derecho público*, São Paulo, n. 39/40, p. 5-19, jul./dez. 1976, p. 7.

Judiciário. Ainda, também outras instituições foram incumbidas constitucionalmente de controlá-la, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas.

Essas são as principais considerações feitas pela doutrina tradicional manualística quanto ao tema do controle. Como se vê, são considerações genéricas, na maioria das vezes eminentemente classificatórias, típicas das teorias gerais do Direito empreendidas no Direito do Estado liberal.

O principal critério do controle tradicional é a legalidade. De acordo com o que examinamos no capítulo anterior, a legalidade, principalmente no que concerne à reserva de lei, foi erigida como fundamento central da atividade administrativa, juntamente com a separação de poderes.

Assim, a doutrina clássica do controle indica que tal atividade se satisfaz com a comparação entre o que foi previsto legalmente e o que foi efetivamente realizado pelo administrador público. Se houver consonância, a atividade é considerada regular; em caso contrário, a medida principal a ser buscada é a responsabilização do administrador que deu causa ao vício e, no máximo, a anulação do ato viciado.

O controle clássico, por ser eminentemente controle de legalidade, também é um controle tradicionalmente de meios. Nesta acepção hoje ainda arraigada, o controle deve estar preocupado de maneira central com o modo de produção da atividade administrativa. Portanto, na hipótese de a atividade administrativa ter respeitado a lei, independentemente de seu resultado, será considerada aceitável.

No mesmo sentido, ainda, o controle clássico é um controle imperativo, que pressupõe a existência de uma relação de superioridade entre o controlador e o controlado, visto que aquele realiza uma atividade unilateral à qual só resta ao controlado se submeter. A eventual concessão de contraditório na relação de controle tradicional serve, em geral, apenas de garantia formal para o controlado, que muitas vezes é sujeito a sanções aplicadas de acordo com a letra fria da lei, sem que eventuais justificativas pertinentes sejam levadas em consideração.

## 4.2 OS PROBLEMAS INERENTES AO CONTROLE TRADICIONAL

Identificadas as principais características do modelo tradicional de controle, impõe-se examiná-las mais a fundo.

Por certo, a atividade de controle, quando realizada exclusivamente a partir de critérios como a legalidade, a imperatividade e a responsabilização, geralmente se constitui ela mesma numa atividade problemática, quando não mesmo inútil e dispendiosa.

Várias consequências adversas do controle tradicional já foram identificadas na prática dos órgãos controladores, muitas delas já tendo sido teoricamente analisadas.

Assim, a fim de bem delimitar o problema que justifica a construção da presente dissertação, exploraremos algumas dessas consequências adversas, a saber: a inefetividade do controle, a derrocada do neoconstitucionalismo em constitucionalismo simbólico, a perda de legitimidade do Direito Administrativo, o aumento dos poderes de controle do Judiciário e a paralisação do administrador público por medo do controle.

Os problemas elencados foram escolhidos por parecerem os mais relevantes, tanto para uma análise teórica do direito como para a prática da atividade de controle. Obviamente, contudo, tal arrolamento não pretende ser exaustivo, de sorte que outras consequências adversas do controle tradicional poderiam ser igualmente citadas e analisadas, se se pretendesse fazer um estudo sociológico aprofundado da questão.

Primeiramente, cumpre indicar em que termos se entende que o controle tradicional é inefetivo.

O controle da atividade administrativa que tem como critério principal de fiscalização a legalidade estrita acaba por deixar de verificar muitas situações que, apesar de estarem de acordo com a lei, não se coadunam com o ordenamento jurídico como um todo e que muitas vezes violam frontalmente a Constituição.

Deveras, o mero controle de legalidade, como visto, pretende averiguar se a atuação da Administração Pública está em consonância com as leis. Ocorre que a lei há tempos deixou de ser o critério exclusivo de atuação administrativa, de forma que o controle de legalidade é gritantemente insuficiente.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 37, *caput*, dispõe que, ao lado do princípio da legalidade, outros quatro princípios devem ser observados pela Administração Pública, não tendo feito graduação de importância entre eles. Destarte, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência constituem parâmetros da atuação administrativa, de maneira que o controle que se limita a

fiscalizar a legalidade deixa de observar critérios que são igualmente relevantes para a Administração.

Não é difícil constatar que uma atividade pode ser legal e, ao mesmo tempo, violar os demais princípios constitucionais citados. Assim, o controle que se limita a examinar a legalidade é um controle meramente formal, que pouco tem a acrescentar à atividade administrativa, pois se limita a apenas um aspecto dessa atividade, que é bastante mais complexa. Nesse sentido, ensina Juarez Freitas:

Ora, justamente para coibir os vícios de motivação, em especial quanto ao objeto e aos objetivos dos atos administrativos, bem como para filtrar as escolhas contaminadas por “irracionalidades sistemáticas”, é que se impõe uma vigorosa reconfiguração dos controles (interno, externo, jurisdicional e social), adotando a “interpretação da norma administrativista da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige.”<sup>174</sup>

Ou seja, por não garantir que o fim público seja atingido, o mero controle de legalidade é insuficiente.

Sob outro ângulo, o controle de legalidade tem pouco, senão mesmo nada, a acrescentar à fiscalização de atos predominantemente discricionários, que hoje são a maioria e que se constituem nas principais fontes de desvios e abusos. Por certo, considerando que, nesses casos, a própria lei deixa ao administrador público possibilidade de escolha quanto às medidas a adotar em determinada situação, o princípio da legalidade, por si só, não é capaz de servir à reorientação da atividade administrativa, se ela não for socialmente desejada.

Não só por isso o mero controle tradicional é inefetivo, mas também porque é unilateral e principalmente sancionatório.

Nessa perspectiva, o controle tradicional não se propõe a aprender com os vícios cometidos pela Administração Pública, deixando de identificar as suas causas e de sugerir medidas para a sua regularização.

Em termos gerais, o controlador dotado apenas de meios tradicionais não deseja convidar o controlado para o processo de controle na fase de fiscalização, pois acredita que os seus critérios, por terem caráter eminentemente formal, dispensam a sua participação.

Por outro lado, na forma tradicional de controle as irregularidades constatadas necessariamente deverão levar à responsabilização, administrativa, civil e/ou

---

<sup>174</sup> FREITAS, Juarez. *O controle...*, p. 32.

criminal do controlado, de modo que eventual contato entre controlador e controlado pode até mesmo ser preocupante, pois capaz de macular a imparcialidade necessária a esse gênero de relação.

Com a ausência de participação do controlado durante a fiscalização e com o pressuposto de que o controle deve culminar na responsabilização, todavia, o controle perde boa parte do seu potencial. A atividade administrativa não é examinada em sua essência; em virtude disso, o responsável pelo vício administrativo até pode ser sancionado, mas as causas da falha deixam de ser identificadas, de modo que o risco de repetição é grande.

Além disso, a mera responsabilização do agente não é suficiente para que a atividade administrativa seja redirecionada, razão pela qual o ato viciado pode até mesmo ser reeditado ou refeito com as mesmas falhas, sem outras sanções e sem que o fim daquela atividade consiga ser atingido.

Concluindo, portanto, que o controle tradicional não é capaz de levar a Administração Pública a efetivamente cumprir os fins públicos aos quais está obrigada, a sua inefetividade é patente, muitas vezes tornando-se uma atividade até mais dispendiosa e viciada do que a própria atividade controlada.

Novamente nos socorremos das lições de Juarez Freitas, que muito bem identifica a questão:

(...) a missão dos controles consiste em, consideravelmente, reduzir a enorme distância entre “ser” e “dever-ser”, ou seja, entre o plano dos princípios fundamentais (inconfundíveis como simples princípios gerais) e a presente ambiência econômica, jurídica e cultural, ainda pouquíssimo afeita ao Direito Administrativo dignificado pela regência dominante do direito fundamental à boa administração.

De fato, ainda prepondera inescandível cultura maculada por personalismos e fingimentos avessos ao controle finalístico (com a ausência, por exemplo, de índices confiáveis de avaliação do cumprimento das metas constitucionais).<sup>175</sup>

Não se ignora que o controle tradicional não tinha como objetivo garantir a entrega das prestações públicas pela Administração, de maneira que os seus objetivos restariam cumpridos se a legalidade da atividade administrativa fosse avaliada. Contudo, entende-se que a atividade de controle deve ser muito mais rica do que isso, até mesmo por imposição constitucional.

---

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 34.

Conforme examinamos no capítulo anterior, o neoconstitucionalismo exige que a atividade administrativa seja fiel às regras e aos princípios constitucionais, de forma que a obrigação da Administração Pública de garantir os direitos previstos constitucionalmente deve ser levada a sério.

Ora, se se aceita a supremacia da Constituição, a atividade administrativa deve ser relida de acordo com o neoconstitucionalismo. Desse modo, entender que a atividade de controle deve ser praticada nos moldes tradicionais é deixar de entender o próprio controle de acordo com o neoconstitucionalismo, fazendo-o perder a sua força legitimante e a integralidade das suas potencialidades.

Considerando que o controle conta, em virtude do seu afastamento da atividade desenvolvida, com mecanismos que facilitam a identificação dos problemas da Administração Pública e de possíveis soluções, constitucionalizar o Direito Administrativo perpassa também por constitucionalizar a atividade de controle, fazendo com que ela se engaje na efetiva reorientação da atividade administrativa rumo aos preceitos constitucionais, para além de um mero controle de legalidade.

Dito isso, já se pode entrever que a inefetividade do controle tradicional muito contribui para aquilo que Marcelo Neves chama de constitucionalização simbólica, que pode ser entendida, em alguma medida, como o fracasso do neoconstitucionalismo.<sup>176</sup>

De acordo com ele, a constitucionalização simbólica é “caracterizada negativamente pela ausência de concretização normativa do texto constitucional”.<sup>177</sup> Indicado de outro modo, a constitucionalização simbólica, que afeta países como o Brasil, faz com que a Constituição não seja dotada efetivamente de normatividade. Segundo ele:

O problema não se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e comportamento dos agentes públicos e privados, ou seja, não é uma questão simplesmente de eficácia como direcionamento normativo-constitucional da ação. Relativamente à constitucionalização simbólica, ele ganha sua relevância específica no plano da vigência social das normas constitucionais escritas, caracterizando-se por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição. Ao texto constitucional, então, falta normatividade. (...) Ao texto constitucional não corresponde

---

<sup>176</sup> Ver item 3.1.

<sup>177</sup> NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 95.

normatividade materialmente determinada, ou seja, dele não decorre, de maneira generalizada, norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada.<sup>178</sup>

Em outros termos, quando o texto constitucional deixa de influenciar a realidade e de ser influenciado por ela, o neoconstitucionalismo corre o risco de se tornar constitucionalização simbólica.

O controle, portanto, que deixa de servir de ponte entre o texto constitucional e a realidade serve à constitucionalização simbólica e, conseqüentemente, ao enfraquecimento do neoconstitucionalismo.

Por esse ângulo, o controle tradicional, que dá primazia ao controle de legalidade em detrimento do controle de juridicidade, ajuda no *status quo* de normatividade enfraquecida da Constituição. No mesmo sentido, um controle eminentemente sancionatório também serve em boa medida à constitucionalização simbólica, pois deixa de aplicar seus instrumentos à efetivação da Constituição para apenas punir os responsáveis pelos vícios detectados na atividade administrativa.

Conforme Neves, nas situações de constitucionalismo simbólico, “a práxis dos órgãos estatais é orientada no sentido de ‘socavar’ a Constituição” (por meio da evasão ou do desvio de finalidade) e de “violá-la contínua e casuisticamente”.<sup>179</sup> São esses os resultados hoje obtidos pelos meios tradicionais de controle.

O controle efetivamente comprometido com a Constituição deixa de considerar apenas o papel ideológico da constitucionalização (sentido positivo da constitucionalização simbólica, conforme Neves<sup>180</sup>), para concebê-la como critério principal de fiscalização, auxiliando o controlado a efetivamente concretizar o texto constitucional.

Todavia, o controle tradicional não pode servir a tal função, por ausência de instrumentos. Trabalhando apenas com controle de meios, ignora a efetiva aplicação das disposições constitucionais materiais na atividade administrativa, deixando de indicar quais seriam as soluções possíveis para a reconstrução dessa ligação.

---

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 95.



De outra forma, o controle tradicional, sendo incapaz de garantir a efetividade da Constituição, também contribui para a perda de legitimidade do Direito Administrativo.

De fato, a Constituição representa a conciliação entre duas dimensões complementares: a jurídica e a política.<sup>181</sup> Por essa perspectiva, é o elemento formal e material que garante legitimidade ao Estado e à Administração constituídos em determinado espaço e tempo.

Conforme nos ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o conceito de legitimidade refere-se à ordem ético-política, representando a garantia de uma ordem estabilizada pelo poder em torno de valores consensualmente aceitos.<sup>182</sup>

Na lição do filósofo político Norberto Bobbio:

Num primeiro enfoque aproximado, podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado.<sup>183</sup>

Partindo do pressuposto de que a ordem de valores consensualmente aceitos em uma sociedade está dada pela Constituição, o Direito Administrativo e todas as atividades administrativas só podem ser considerados legítimos se também estão de acordo com ela.

Mais do que isso, como bem nos adverte Moreira Neto, um sistema juspolítico é avaliado e considerado legítimo também em razão da sua eficiência, ou seja, em virtude do efetivo cumprimento daquilo que dele se deseja.<sup>184</sup>

Nesse sentido, a atividade administrativa só pode ser considerada legítima se efetivamente entrega aquelas prestações a que está obrigada pela Constituição Federal; no mesmo sentido, o Direito Administrativo só encontra legitimidade se

---

<sup>181</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95.

<sup>182</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 2-3.

<sup>183</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 2. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 675.

<sup>184</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade...*, p. 4-5.

efetivamente instrumentaliza a Administração Pública de meios para entregar as prestações devidas.

Ocorre, todavia, que o grau de confiança da população nas instituições do país é relativamente baixo. Consoante pesquisa da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, realizada em dezembro de 2012, apenas 30% da população confiam no Governo federal, 22% no Congresso nacional e 17% nos partidos políticos.<sup>185</sup>

Tais números demonstram que mais da metade da população, em todos os casos, acredita que a atuação da Administração Pública não é de todo legítima.

Esse é apenas um dos indicadores da crise de legitimação do Estado. Com efeito, é senso comum que a prestação dos serviços públicos tem deixado a desejar e a sensação de impunidade dos malversadores de recursos públicos também é difundida na sociedade brasileira.

Outrossim, também há desconfiança com relação aos órgãos de controle da Administração Pública. Questiona-se se tais órgãos realmente cumprem suas funções, se estão a salvo de pressões políticas externas e se representam efetivamente um ganho na economia de recursos públicos, dado o investimento necessário para a sua manutenção.<sup>186</sup>

Do mesmo modo, como o Direito Administrativo muitas vezes mostra dificuldades em instrumentalizar adequadamente o administrador para bem cumprir as missões que lhe foram dadas pela Constituição, também se evidencia que a própria área de conhecimento juspublicista vem passando por uma crise de legitimidade.

No interior do Direito Administrativo, o controle tradicional também tem frustrado expectativas, pois não tem sido capaz de manter a legitimidade da atividade administrativa – cuja qualidade é questionada –, e, por consequência, nem de ajudar a manter a legitimidade do Direito Administrativo.

Assim sendo, parece restar justificada a necessidade de implantação de instrumentos de controle da Administração Pública baseados em princípios

---

<sup>185</sup> MURCH, Beatrice. *Confiança em instituições e pessoas é maior na Argentina do que no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Confianca-em-instituicoes-e-pessoas-e-maior-na-Argentina-do-que-no-Brasil-.aspx>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

<sup>186</sup> Apenas para se ter um exemplo, ver a série de reportagens da Rede Paranaense de Comunicação sobre o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, disponível no site <<http://g1.globo.com/pr/parana/paranatv-2edicao/videos>>, publicada a partir de 19 de julho de 2013. Acesso em: 30 ago. 2015.

democráticos, como a transparência e a participação, e que sejam capazes de realizar efetivamente os direitos consagrados na Constituição Federal a partir da reorientação da atividade administrativa para a prestação de serviços de qualidade.

Deveras, o controle tradicional não está atento à eficiência da Administração, pois não conta com instrumentos para a fiscalização do que efetivamente é entregue à população, razão pela qual a perda da legitimidade do direito e das próprias instituições pode ser atribuída em parte a ele.

A penúltima consequência adversa do controle tradicional é o aumento dos poderes de controle do Judiciário.<sup>187</sup>

Observando que os meios tradicionais de controle empregados se limitam ao controle de legalidade, efetuado de modo unilateral e dando primazia à responsabilização, o Poder Judiciário tem sido chamado a controlar mais aprofundadamente outras questões que desbordam desses critérios.

Levando-se em conta que o Judiciário está obrigado a apreciar lesão ou ameaça a direito, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, a ele não é dada a possibilidade de se recusar a fazer o controle da Administração Pública, quando ela lesa ou ameaça lesar direito.

Por esse ângulo, o Judiciário tem se visto obrigado a exercer o papel principal na atividade de controle, mesmo quando não está adequadamente aparelhado para isso e mesmo quando há outros órgãos de controle que estão constitucionalmente obrigados a fazer controle mais aprofundado da matéria administrativa.<sup>188</sup>

Por isso, ao se manter uma visão tradicional, o Poder Judiciário acaba ficando encarregado, na prática, por boa parte da atividade de controle, que houvera sido dividida pela própria Constituição Federal entre vários órgãos. De fato, o Judiciário não pode se limitar a avaliar a legalidade da atividade administrativa, se ela lesa ou ameaça lesar direito e se há pedido de controle substancial. Igualmente por isso, o direito processual civil também tem se visto compelido a desenvolver novas formas de atividade judicial,<sup>189</sup> para poder dar instrumentos hábeis para que o Judiciário possa realizar controle mais aprofundado.

---

<sup>187</sup> Este tema será tratado com maior profundidade no item 4.4.3. Portanto, neste momento, cumpre apenas delinear o problema identificado.

<sup>188</sup> Ver itens 4.3 e 4.4.

<sup>189</sup> Ver item 4.4.3.2.

Logo, apenas com a implantação dos demais mecanismos de controle delineados pela Constituição é que será possível limitar a sobrecarga a que o Judiciário ficou submetido, conforme se verá nos tópicos abaixo.

Ademais, a paralisação do administrador público por medo do controle é a última das consequências adversas elencadas do controle tradicional.

Como o controle tradicional é basicamente imperativo e sancionatório, muitas vezes o administrador público vê-se amedrontado diante de uma situação que exige solução rápida, pois a sua ação poderá ser questionada, gerando o seu sancionamento.

Não se quer com isso afirmar que a aplicação de sanção aos administradores responsáveis por desvios e falhas na Administração é desnecessária ou adversa. O que se identifica como um problema é o administrador público ficar a mercê de um sistema de controle que não está atento às peculiaridades dos casos concretos em que o gestor é chamado a decidir, fazendo muitas vezes com que ele permaneça inerte com medo de ser penalizado.

Dessa forma, em vez de o administrador poder contar com o auxílio de controladores que o respaldariam em suas decisões difíceis, dando a ele maior número de informações para melhor desenvolver a sua atividade, acaba tendo medo de ser processado e penalizado após realizar alguma ação. Muitas vezes, ainda, essa penalização se dá muito tempo depois da ação tida como faltosa, pois, em geral, o controle tradicional é posterior, de modo que os meios de defesa do agente já podem restar dificultados.

Já afirmamos mais acima, ainda, que o controle tradicional tende a rechaçar a participação do controlado no processo de controle, durante a etapa de fiscalização. O que pode ser necessário num processo de controle de tipo tradicional acaba se configurando num verdadeiro retrocesso quando encarado com base em sistemas jurídicos mais democráticos.

Nessa perspectiva, o controle relido à luz da Constituição indica a necessidade de cooperação entre controlador e controlado, em que haja real troca de informações sobre a situação concreta fiscalizada, pois é inerente ao processo de fiscalização-orientação, dada a troca de informações e de experiências entre gestores e controladores *experts*.

Para concluir, trazemos a lição de Juarez Freitas acerca do controle tradicional:

**O controle tradicional passivo e letárgico, enfaticamente repressivo e formalista, revela-se desatento e oneroso.** Desatento, pois deixa de ver as finalidades e de sindicar os resultados (princípio da eficácia), além de não oferecer alternativas úteis e tempestivas aos erros apontados. Oneroso, porque repleto de redundâncias, eis que obcecado por vigilância extensiva, despida de profundidade e de caráter mensurável. Por isso, a atividade controladora, nas diversas modalidades – controles interno, externo, jurisdicional e social -, precisa ser, afirmativamente, principiológica e objetiva. Somente assim, a legislação infraconstitucional e os atos administrativos (infralegais) guardarão a aludida conformidade ou adequação valorativa com a Constituição, sem o constante divórcio com seus objetivos (art. 3º da CF) e sem que a recomendável tolerância se confunda com a abominável condescendência.<sup>190</sup> (destaque no original)

Assim, pensamos ter demonstrado a fragilidade e as insuficiências do controle tradicional.

#### 4.3 O CONTROLE REALIZADO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Indicadas quais são as principais características daquele modo de controle que aqui chamamos de tradicional, cumpre perquirir como as competências dos Tribunais de Contas foram desenhadas nas Constituições precedentes e quais deveres-poderes a Constituição Federal de 1988 atribuiu a tais órgãos de controle externo, identificando as mudanças operadas no texto constitucional.

A partir daí, conseguiremos identificar de que forma o controle tradicional pode ser superado, dada a possibilidade – em realidade, a *exigência* – de realização de práticas de controle mais efetivas.

Segundo a dicção constitucional, os Tribunais de Contas estão incumbidos de realizar controle externo, auxiliando o Congresso Nacional.

Nos termos do artigo 70, do Texto Maior, ao controle externo é atribuída a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Para verificação das competências dos Tribunais de Contas, dividiremos este item em dois subitens. Primeiramente, apreciaremos como, dentro da história dos textos constitucionais brasileiros, a competência dos Tribunais de Contas sofreu

<sup>190</sup> FREITAS, Juarez. *O controle...*, p. 456-457.

grandes alterações, justamente para alargar as espécies de controle realizadas por essas instituições. Depois, examinaremos quais são exatamente as competências previstas hoje no texto constitucional para os Tribunais de Contas e quais são as práticas de controle que se encaixam nesse contexto.

#### 4.3.1 Um breve histórico das competências constitucionais dos Tribunais de Contas

Para fins de análise desta dissertação, não se pretende examinar toda a história constitucional dos Tribunais de Contas, mas apenas demonstrar como a Constituição Federal de 1988 representou, para esses órgãos responsáveis pelo controle externo, grande alargamento das suas funções.

Durante o período do Império, vários deputados e juristas haviam se levantado em prol da criação de um Tribunal de Contas, para revisar a atuação do Tesouro Nacional, instituído pela Constituição Imperial de 1824. No período imperial, contudo, foi criado o Tribunal do Tesouro Público Nacional e do Conselho da Fazenda, cujo presidente era o Ministro da Fazenda. Logo, muitos foram os que continuaram defendendo a criação de um Tribunal independente para o julgamento das contas públicas.<sup>191</sup>

Com a proclamação da República, a ambição foi concretizada. Por meio do Decreto nº 966-A, de 1890, foi criado o Tribunal de Contas da União, ao qual incumbia o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e à despesa da República. De acordo com o artigo 2º do Decreto, a atuação do Tribunal seria prévia, de maneira que todos os decretos do Executivo, ordens ou avisos dos diferentes Ministérios capazes de gerar despesas deveriam ser previamente registrados pelo Tribunal de Contas, após prévia verificação de inexistência de violação de lei e de conformidade com os créditos votados pelo Legislativo.

Nesse primeiro momento, portanto, descobre-se que a atividade do Tribunal de Contas era exclusivamente contábil, com controle puro de legalidade.

---

<sup>191</sup> ARAÚJO, Marcos Valério. Tribunal de Contas: O controle do governo democrático – Histórico e Perspectivas. In: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. *Concurso Nacional de Monografias – Prêmio Governador Moisés Lupion*: Tribunal de Contas: o controle do governo democrático. Curitiba: TCE, 1993. p. 1-69. p. 11-16.

Conforme nos conta Marcos Valério Araújo, apesar do contido no Decreto, o Tribunal não passou a existir de fato.<sup>192</sup>

Diante disso, a Constituição de 1891 voltou a dispor sobre a criação de um Tribunal de Contas. Em seu artigo 89, enunciava: “É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. (...)”<sup>193</sup>

Como se pode ver, a função teoricamente atribuída ao Tribunal de Contas permanecia exclusivamente contábil e legal.

A Constituição de 1934 também não previu grandes alterações no papel atribuído ao Tribunal de Contas. Em seu artigo 99, previa que ao Tribunal competia acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos. No mesmo sentido também andou a Constituição do Estado Novo, que dispunha, em seu artigo 114, que, para “acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária”, e, ainda, “julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas (...)”.

À Constituição de 1937 se sucedeu a Constituição de 1946, texto constitucional a partir do qual examinaremos as Constituições mais a fundo no que concerne à história constitucional dos Tribunais de Contas.

A Constituição de 1946 dispunha, em seu artigo 77, que competia ao Tribunal de Contas: i) acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; ii) julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; e iii) julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.

Da Constituição de 1946, portanto, observa-se que o controle exercido pelos Tribunais de Contas era bastante restrito, cabendo ao órgão basicamente examinar a legalidade de determinados atos da Administração Pública.

Cabe transcrever passagem da obra *Controle das Finanças Públicas*, escrita por Sylvio Santos Faria, que, retratando o sentimento da época, indicava o caráter

---

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>193</sup> A efetiva criação do Tribunal de Contas, contudo, deu-se apenas em dezembro de 1892, por meio do Decreto nº 1.166, do Ministro da Fazenda Tenente-coronel Innocêncio Serzello Corrêa.

meramente formal do controle das contas, dada a inexistência de controle sobre a efetiva realização das despesas:

Recebida a autorização orçamentária e submetido o crédito aos processos normais de realização de despesa, esta é executada sem o menor controle. De posse do dinheiro, o administrador o aplica como bem entender, ficando, porém, obrigado a efetuar uma prestação de contas meramente formal, isto é, a apresentar uma série de comprovantes de aplicação de dinheiro. No Brasil de hoje, é voz corrente, e ninguém se atreveria a negar, que muitos administradores possuem abalizados conhecimentos na chamada química de despesas, aplicando o dinheiro em função de seu interesse imediato e arranjando documentos capazes de salvaguardarem a sua responsabilidade.<sup>194</sup>

A possibilidade de controle do âmbito discricionário da atividade administrativa pelos Tribunais de Contas, por sua vez, era ferozmente rechaçada pela doutrina. Conforme João Lyra Filho, “o Tribunal de Contas não é juiz da oportunidade, da conveniência ou de acerto de nenhum ato administrativo, seja originário do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário.” Continuava o autor: “nenhuma faculdade inerente a poder discricionário, mesmo de uso restrito, lhe é reconhecida no exercício do controle financeiro.”<sup>195</sup>

Para explicar tal postura, Lyra Filho, em passagem mais adiante na sua obra, justifica que a independência dos ordenadores e a impossibilidade de julgamento de mérito dos seus atos se baseava na “reação explicável das Cortes soberanas no fim do Antigo Regime” e no desejo de Napoleão de tornar inquestionável a sua autoridade.<sup>196</sup>

Assim, a inquestionabilidade do mérito da atuação administrativa, criada na França pós-revolucionária, acabou por influenciar todos os modelos administrativos assentados no modelo francês, como é a condição do brasileiro.

Com a Constituição Federal de 1967, as possibilidades do controle externo começaram a se alargar, sem, contudo, que isso representasse um grande passo de ruptura com o tipo de controle feito até então.

<sup>194</sup> FARIA, Sylvio Santos. *Controle das Finanças Públicas*. Apud SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União de ontem e de hoje. In: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *A história do Tribunal de Contas da União*: Prêmio Serzedello Corrêa – 1998 – Monografias vencedoras. Brasília: TCU, 1999. p. 145-215. p. 185.

<sup>195</sup> LYRA FILHO, João. *Controle das finanças públicas*. Rio de Janeiro: Gráfica Editora Livro, 1966. p. 24.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 60.



No artigo 71, parágrafo 1º, do referido diploma constitucional, havia previsão de que o controle externo do Congresso Nacional seria exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, compreendendo a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

Isso posto, permanecia a natureza eminentemente formal do controle realizado pelos Tribunais de Contas, com abertura para a realização de auditorias financeiras e orçamentárias.

A previsão de realização de auditorias representou o início da mudança das funções dos Tribunais de Contas, que passaram a incorporar no âmbito das suas atribuições a possibilidade de efetuar fiscalização não mais meramente documental, mas *in loco*.

Segundo Ivan Luz, procurador-geral do Ministério Público de Contas da União, a possibilidade de realização de inspeções fez ultrapassar a fase do ineficaz controle formal, já que a Constituição Federal, pela primeira vez, passou a dar suporte para o exame da substancialidade da gestão de bens e valores públicos.<sup>197</sup>

Conforme vimos, o controle realizado deixou de ser do tipo fiscalização para ser também controle-orientação.

Artur Adolfo Cotias e Silva, entretanto, dá notícia de que a previsão constitucional foi parcialmente restringida por força da Lei nº 6.527/78, que dispôs em seu art. 7º, § 1º, que a fiscalização exercida pelo Tribunal respeitaria as peculiaridades de funcionamento da entidade fiscalizada, devendo se limitar a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos.<sup>198</sup> A previsão, contudo, teve a sua constitucionalidade questionada, sendo que o Tribunal de Contas da União passou a registrar em seus relatórios cada vez mais aspectos da qualidade da gestão dos administradores públicos.<sup>199</sup>

O advento da Constituição Federal de 1988, contudo, alterou ampla e sensivelmente as competências dos Tribunais de Contas, preservando e

---

<sup>197</sup> SILVA, Artur Adolfo Cotias e. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *A história do Tribunal de Contas da União*: Prêmio Serzedello Corrêa – 1998 – Monografias vencedoras. Brasília: TCU, 1999. p. 19-141. p. 110.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>199</sup> *Idem*.

consolidando a possibilidade de realização de auditorias e prevendo novas formas mais efetivas de controle da atividade administrativa.

Conforme já indicado, o artigo 70 do texto constitucional vigente dispõe que ao controle externo é atribuída a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

É óbvia a diferença de postura adotada pela Constituição Federal quanto às competências dos Tribunais de Contas. Dotando tais órgãos de poderes para fiscalizar contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonialmente os entes e entidades submetidas ao seu controle, conforme apreciação da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, o texto constitucional passou a confiar amplamente no poder de fiscalização do controle externo, diante não só da fragilidade do controle meramente formal das atividades da Administração Pública, mas também em virtude da grande quantidade de serviços e prestações que foram constitucionalmente garantidos.

Muitos autores chegam mesmo a concluir que essa ampla gama de poderes fiscalizatórios atribuída aos Tribunais de Contas possibilitou a eles realizar controle de mérito dos atos administrativos.<sup>200</sup> É essa, por exemplo, a opinião de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi:

(...) os sistemas de controle interno e externo são constitucionalmente obrigados à perquisição “contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial”, em todos os aspectos atinentes à “legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”; portanto, foi adotado o critério de **análise global de mérito**, no controle interno e externo do Brasil, com abrangência dos efeitos administrativos, formais e materiais, *a posteriori*, dos atos e atividades da Administração Pública.<sup>201</sup>  
(destaque no original)

Esse movimento de consolidação e ampliação da atividade de controle da Administração Pública não é isolado ou casual.

<sup>200</sup> Sobre o assunto, ver item 4.4.2.3.

<sup>201</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: RT, 1992. p. 172.

A expansão do controle pode ser apontada em três diferentes vertentes: canais de controle, volume do controle e dimensões do controle.<sup>202</sup>

Os canais de controle vêm se expandindo não só pelo aumento do número de instituições e de entidades voltadas ao controle externo, com a criação de organizações não-governamentais, por exemplo, mas também pelo ganho de alcance e de efetividade que os canais vêm conquistando.

O volume do controle, por sua vez, também vem crescendo, com o emprego cada vez mais de recursos humanos e financeiros nesse categoria de atividade.

No fim, e sendo especificamente este o ponto que mais nos interessa, as dimensões do controle hoje vêm se espalhando para abarcar diversos âmbitos da atividade administrativa que antes estavam albergados sob o manto da “discricionariedade administrativa”.

Logo, a inclusão de novos critérios de controle, levada a cabo, por exemplo, pela Constituição Federal quando passou a prever o controle da legitimidade e da economicidade da administração, representa esse alargamento dos critérios de controle.

Essa expansão geral do controle da atividade administrativa demonstra que o assunto tem ganhado relevância política e social, indicando que a imunidade desejada por Napoleão quanto ao mérito dos atos não mais se coaduna com o estágio histórico do modelo de Estado que temos hoje.

Por certo, o administrador público não pode mais simplesmente invocar a discricionariedade administrativa para se defender de acusações de má gestão. O controle principiológico da atuação administrativa, permitido pela própria Constituição Federal e repetido por importantes leis, como a Lei de Improbidade Administrativa, alcança elementos antes considerados de avaliação exclusiva do administrador.

A necessidade de restabelecer a confiança dos cidadãos na Administração é urgente e, nesse sentido, o controle muitas vezes se apresenta como instrumento para essa função, se utilizado de maneira a reorientar a atividade administrativa. A própria legitimidade das estruturas estatais perpassa pelo controle da gestão

---

<sup>202</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: O papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. p. 19.

pública, de sorte que a atividade de controle passa a ganhar destaque, como averiguamos no item anterior.

Com o incremento dos direitos individuais e coletivos a serem garantidos pelo Estado, o interesse público, que antes tinha como único intérprete o governante, agora passa a estar sob domínio difuso, como também verificamos.

O impacto para a atividade de controle é claro. Se a sociedade como um todo passa a estar atenta e a ser responsável pela definição do interesse público, o controle precisa ser capaz de alcançar todos os critérios discutidos socialmente como relevantes para a atuação administrativa.

É por isso, portanto, que se pode dizer que a Constituição Federal de 1988 ampliou vastamente os critérios de fiscalização dos Tribunais de Contas.

#### 4.3.2 Critérios constitucionais de fiscalização dos Tribunais de Contas

A Constituição Federal de 1988 incumbiu os Tribunais de Contas de realizar, entre outras, a fiscalização operacional da União e das entidades da administração direta e indireta também quanto à legitimidade e à economicidade das suas ações.

Além dos critérios citados, de operacionalidade, legitimidade e economicidade, o artigo 70 da Constituição Federal atribui aos Tribunais de Contas competência para fiscalização da atividade administrativa segundo outros critérios.<sup>203</sup> Todavia, como são esses os que mais representam avanços na atividade de controle, limitar-nos-emos ao exame apenas desses três parâmetros, de forma que poderemos delinear os motivos pelos quais a Constituição Federal está a exigir a superação do controle tradicional.

A fiscalização operacional está diretamente ligada à possibilidade de realização de auditorias operacionais, incluída já na Constituição Federal de 1967.

Segundo as Diretrizes da *International Organization of Supreme Audit Institutions* (INTOSAI), auditoria operacional é “o exame independente da eficiência,

---

<sup>203</sup> Art. 70, *caput*, da Constituição Federal: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

da eficácia e da economicidade das atividades, dos programas e dos organismos da Administração pública, a fim de realizar melhorias.”<sup>204</sup>

A auditoria operacional também é chamada de auditoria de eficiência, de desempenho, de *performance*, de gestão etc. e tem por função certificar se os fins perseguidos realmente estão sendo alcançados e se as ações tomadas para alcançá-los realmente são eficazes e adequadas.

Segundo Marcos Valério Araújo,

A auditoria de gestão funciona como uma atividade auxiliar da administração pública, ao identificar problemas, irregularidades, desvios e imperfeições, em nível de operações, avaliando causas, efeitos, custos, personagens envolvidos e alternativas de solução. Através de suas conclusões e recomendações tem-se a oportunidade de redirecionar a ação governamental.<sup>205</sup>

As chamadas auditorias de gestão são praticadas nos Estados Unidos da América desde a metade do século passado, tendo chegado aos países latino-americanos a partir de 1977, por ocasião da reunião das Entidades Fiscalizadoras Superiores.<sup>206</sup>

As auditorias operacionais são responsáveis, então, pela apreciação de quatro principais dimensões: economicidade, eficiência, eficácia e efetividade.

Admitindo que há pequenas variações nas definições de cada um desses quatro conceitos, aceitaremos as definições adotadas pelo Tribunal de Contas da União, no seu Manual de Auditoria Operacional.<sup>207</sup>

A economicidade pode ser entendida como a diminuição dos custos dos recursos usados para a realização de uma atividade, mantidos os padrões de qualidade. Assim, uma atividade pode ser considerada econômica quando, para ser realizada, depende a menor quantidade possível de recursos quando comparada a outras formas de realização de igual qualidade.

<sup>204</sup> INTOSAI. *ISSAI 3000 – Normas y directrices para la auditoría del rendimiento basadas en las Normas de Auditoría y la experiencia práctica de la INTOSAI*. Tradução livre. p. 11. Disponível em: <[http://es.issai.org/media/14561/issai\\_3000s.pdf](http://es.issai.org/media/14561/issai_3000s.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

<sup>205</sup> ARAÚJO, Marcos Valério. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 62-63.

<sup>207</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Manual de auditoria operacional*. 3. ed. Brasília: TCU, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058980.PDF>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

A eficiência está intimamente ligada à economicidade e se refere à relação entre os produtos gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los. A atividade é eficiente, portanto, se os recursos estão sendo utilizados de maneira ótima ou satisfatória e se não há outros recursos que teriam produzido os mesmos resultados com menos custos.<sup>208</sup>

Já a eficácia depende do grau de alcance dos objetivos, independentemente dos custos implicados. Portanto, a atividade será mais ou menos eficaz dependendo do seu grau de capacidade de cumprimento do objetivo.

Por fim, a efetividade é definida como o efetivo cumprimento dos resultados pretendidos, de maneira que a ação será mais ou menos efetiva dependendo do seu grau concreto de alcance dos objetivos pré-determinados.

Entre as técnicas de trabalho adotadas nas auditorias operacionais, podem ser encontradas observações, entrevistas, estudos de casos, discussões com os envolvidos e aplicação de questionários. Em geral, tais técnicas suprem lacunas deixadas pelo controle realizado pelo mero exame de documentos.<sup>209</sup>

As auditorias operacionais realizadas pelos Tribunais de Contas representam, portanto, a possibilidade de controle da economicidade, da eficiência, da eficácia e da efetividade das atividades administrativas, de sorte que o administrador público não pode decidir a seu bel-prazer as medidas que empregará para cumprir o interesse público, pois elas deverão ser necessariamente econômicas, eficientes, eficazes e efetivas, sob pena de poder ver a sua atuação sendo questionada pelo órgão de controle externo.

Segundo João Féder, a auditoria operacional “ênfatiza o presente e as melhorias possíveis”, levando em conta também a opinião dos auditados, pois

---

<sup>208</sup> A definição foi concebida com base no conceito contido no Manual de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União. Não se desconhece, todavia, que o conceito de eficiência é polêmico, especialmente dentro da seara jusadministrativa. Apenas a título de exemplo, Maria Sylvia Zanella di Pietro apresenta-o da seguinte forma: “O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.” In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 84.

<sup>209</sup> ARAÚJO, Marcos Valério. *Op. cit.*, p. 62.

possui como propósito principal ajudar o administrador ou o servidor a melhor desempenhar a sua função.<sup>210</sup> De acordo com ele:

Uma boa gestão! Eis aí, a partir de agora, a finalidade da aplicação dos recursos públicos pela administração, e meta a ser perseguida pelo Tribunal de Contas. Sim, a introdução da auditoria operacional equivale a exigir de tudo o que se faz com o dinheiro do povo, uma boa gestão, que para o Tribunal passa a ser sinônimo de gestão econômica, gestão eficiente e gestão que alcance seu legítimo objetivo.<sup>211</sup>

Do que foi escrito a respeito da auditoria operacional, constata-se que essa forma de fiscalização é capaz de avaliar, *in loco* e de maneira concomitante, as atividades desenvolvidas pela Administração Pública, de acordo com um método racional de trabalho e de acompanhamento desenvolvido por auditores especializados, sendo, por fim, capaz de sugerir medidas para melhoramento das atividades.

Bruno Wilhelm Speck assim sintetiza as diferenças entre o controle tradicional e o controle operacional:

O controle legal-contábil, visando a responsabilização, está baseado na verificação da conformidade de determinados procedimentos com regras preestabelecidas. O controle operacional e de impacto tenta medir a qualidade e o efeito de determinados procedimentos, para suscitar um debate sobre melhorias possíveis. É amplamente aceita a ideia de que os controles operacionais têm um sentido prospectivo e, portanto, devem ir além da mera constatação de uma discrepância entre norma e prática. Não basta dizer “Está errado, corrija!”, como no controle legal-contábil. O controle da eficiência e da eficácia deve incluir a identificação das causas e apontar soluções possíveis para o problema.<sup>212</sup>

Analizamos, portanto, em que consiste o controle operacional cuja execução a Constituição Federal outorgou aos Tribunais de Contas. Também já vimos que o próprio controle operacional pressupõe o controle de economicidade, isolado pelo texto do artigo 70 da Carta Magna como critério de controle. Isso posto, resta-nos fazer uma aproximação ao controle de legitimidade.

<sup>210</sup> FÉDER, João. O Tribunal de Contas e a auditoria operacional. In: \_\_\_\_\_. *O Estado e a sobrevivência da corrupção*. Curitiba: Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 1994. p. 1-23. p. 15-16.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>212</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. *Op. cit.*, p. 157-158.

A previsão de possibilidade de realização de controle de legitimidade representa uma superação dos cânones clássicos do Direito Administrativo, que admitiam apenas controle de legalidade.<sup>213</sup>

Essa necessidade de superação do controle de legalidade pelo controle de legitimidade revela a insuficiência daquele, incapaz de revelar o nível de esforço do agente e de reorientar a ação administrativa, e, portanto, incapaz de garantir a eficiência. Um controle meramente legal, por certo, acabava tendo pouca utilidade social, razão pela qual a sociedade tende a desconfiar da sua utilidade, o que agrava a crise de legitimidade das atuações e instâncias estatais.<sup>214</sup>

Nessa lógica, o controle de legitimidade é, em último plano, um controle de racionalidade, como nos adverte Lúcia Valle Figueiredo. Para ela, a legitimidade refere-se à consonância com as “prioridades aceitas pela coletividade e as prioridades em nítida correlação com os vetores constitucionais.”<sup>215</sup>

Figueiredo deixa claro, portanto, que a legitimidade está intimamente relacionada com a aceitação, pela coletividade, das despesas realizadas, sendo que, enquanto consenso do povo, pode ser apreendida diante dos valores e normas constitucionais:

No Dicionário Político de Norberto Bobbio, se encontra para legitimidade um sentido genérico, que é o de racionalidade. Legitimidade seria, num primeiro sentido, racionalidade. Depois se encontra, mais adiante, no tópico legitimidade, ainda nesse Dicionário, a expressão 'legitimidade do Estado'. **Quando se fala em 'legitimidade do Estado', se está a afirmar a legitimidade como um consenso do povo, que dá razão de existência àquele Estado, e que, realmente, transcende a legalidade. Tem um aspecto valorativo.** Se tenho de entender legitimidade como racionalidade, acredito que há diferença e é um pouco mais do que mera legalidade. Na legalidade, a Administração está subordinada à lei e ao direito. Quando digo à lei e ao direito, que fazer a inclusão dos princípios gerais a quem também está subordinada a Administração Pública. Não é mais só estritamente à lei, naquele sentido mínimo, de uma ligação direta à lei, de uma subsunção à lei, mas à lei e ao direito, vale dizer, a todo o ordenamento jurídico, sobretudo aos vetores constitucionais. Ademais, o controle se faz, também,

<sup>213</sup> Sobre a possibilidade de realização de controle de legitimidade, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello já tratava da questão no plano doutrinário. Sobre o assunto, ver MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

<sup>214</sup> NÓBREGA, Marcos. Controle do Gasto Público pelos Tribunais de Contas e o Princípio da Legalidade: Uma Visão Crítica. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out., nov. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 jul. 2015. p. 2-4.

<sup>215</sup> ATALIBA, Geraldo; FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FRANCO, Antonio de Sousa; BEREIJO, Álvaro Rodrigues. Ministério Público partícipe do Tribunal de Contas e controle substancial ou de mérito. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 99, p. 167-187, jul./set. 1991. p. 168.



da legitimidade, com o conteúdo que me referi. **Não podemos pensar em legitimidade senão dando-lhe uma conotação de racionalidade, portanto, de despesas aceitas pela coletividade; as prioridades aceitas pela coletividade e as prioridades em nítida correlação com os vetores constitucionais.**<sup>216</sup> (destaques nossos)

Destarte, enquanto o controle de desempenho garante a economicidade, a eficiência, a efetividade e a eficácia da ação administrativa, o controle de legitimidade garante a sua conformidade com o socialmente desejado.

A própria legitimidade, contudo, não é um critério unívoco ou pacífico.

Assim, Diogo de Figueiredo Moreira Neto identifica três aspectos da legitimidade: originário, corrente e finalístico. Enquanto a legitimidade originária refere-se à fonte do ato controlado, que deve estar amparado por algum título que confira validade à sua atuação, a legitimidade corrente exige que sejam observados critérios de desempenho na realização da atividade. Finalmente, a legitimidade finalística garante a conformidade entre meios e fins, exigindo consonância entre o que foi previsto e o que efetivamente foi feito.<sup>217</sup>

Quando observado através desse viés, percebe-se que o controle de legitimidade não pode ser entendido de modo apartado do controle operacional.

A superação do mero controle de legalidade pelo controle de legitimidade também demonstra que o controle deve deixar de ter uma função meramente sancionatória, voltada apenas à invalidação do ato viciado, para abarcar o próprio aperfeiçoamento do ato, com a recondução da atividade administrativa de acordo com as normas finalísticas constitucionais.

Nesse sentido, o controle de resultados pode ser considerado também uma vertente do controle de legitimidade, restando óbvio que, em virtude disso, o controle da discricionariedade administrativa não é só possível, como é exigido pela própria Constituição Federal. Segundo Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, “o controle de resultados abrange a totalidade dos frutos finais e definitivos da execução administrativa, já caracterizada e encerrada.”<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> *Idem.*

<sup>217</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público...*, p. 44-45.

<sup>218</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Op. cit.*, p. 55.

No controle de legitimidade, contudo, como a fiscalização chega a ser, de algum modo, controle de constitucionalidade, o agente controlador precisa estar atento quanto aos limites da sua atuação.

Deveras, ao avaliar a legitimidade e a efetividade de uma medida, o auditor precisa estar ciente de que a sua atuação está limitada pela própria Constituição Federal e por aquilo que está ali encerrado como consenso do povo. Nessa lógica, quando “o auditor começa a se perguntar se o compromisso público em si mesmo é viável, terá que se mostrar cauteloso para não ir mais além do seu mandato, cruzando a fronteira que o separa do âmbito político.”<sup>219</sup>

Se, por um lado, o controle de legitimidade deve ser realizado cautelosamente, para que o controlador não extrapole os limites da sua competência, o alcance do próprio controle de legitimidade não pode ser negado, já que este tipo de controle garante aos Tribunais de Contas a possibilidade de criticar as próprias leis e as demais normas infraconstitucionais e de detectar práticas e medidas viciadas, ainda que legais.

Sob uma análise constitucional, o controle tradicional já não é mais suficiente. Assim, para que a atividade de controle encontre amparo na Constituição Federal, não pode ser mais eminentemente repressiva. Consoante Juarez Freitas, “convém implementar novas técnicas de controle com base no incentivo, no prêmio pelo bom cumprimento das metas pactuadas e, preferencialmente, na persuasão”.<sup>220</sup>

Nessa perspectiva, abandona-se uma visão sancionatória da atividade de controle para que ela possa ser mais efetiva e preventiva. O caráter formal do controle também dá lugar a uma preocupação substancial com a “eficácia da gestão pública”, mensurável objetivamente inclusive por meio dos parâmetros de IDH, sendo que o próprio controle deve estar submetido aos mesmos critérios de aferição de qualidade, devendo ser eficiente e econômico e atento para que não gere erros ou a paralisia dos agentes honestos e com preparo técnico.<sup>221</sup>

No próximo item, abordaremos como o controle realizado pelos Tribunais de Contas pode ser compreendido e concretizado como meio de observância de direitos.

---

<sup>219</sup> INTOSAI. *Op. cit.*, p. 15. Tradução livre.

<sup>220</sup> FREITAS, Juarez. *O controle...*, p. 459.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 476-478.

#### 4.3.3 O controle dos Tribunais de Contas como forma de garantia de direitos

Conforme visto no tópico anterior, a Constituição Federal de 1988 exige que os Tribunais de Contas efetuem gêneros de controle bastante diversos do controle tradicional, que se exaure na verificação da legalidade e no controle de meios e que tem como características a imperatividade, a responsabilização e a posterioridade.

Por certo, os controles operacional, de legitimidade e de economicidade representam formas de fiscalização muito mais complexas do que o mero controle legal e contábil.

Dessa maneira, qualquer dúvida, seja ela de teóricos ou de praticantes da atividade jurídica, sobre a possibilidade de controle da discricionariedade administrativa parece restar superada.<sup>222</sup>

Por mais que no texto constitucional a possibilidade de controle da discricionariedade esteja assentada, na prática muitos Tribunais de Contas ainda não atualizaram a sua atuação de acordo com os cânones constitucionais. Por vezes, organizam-se internamente sem levar em conta que a principal missão constitucional a eles atribuída é a de fiscalizar a gestão pública e não mais meramente as contas públicas, restringindo as auditorias operacionais a uma pequena parcela das suas atuações. Em outras situações, deixam de controlar a atuação administrativa considerando-a albergada pela discricionariedade, quando, em realidade, estão se negando a realizar controle de eficiência, por exemplo, o que é exigência da própria Constituição.

A mera dicção constitucional, por óbvio, não é suficiente. Como aferimos, o neoconstitucionalismo é fortemente ameaçado pelo constitucionalismo simbólico, em que a normatividade da Constituição é fraca. Os órgãos da Administração Pública raras vezes se compreendem diretamente vinculados à Constituição Federal, fazendo com que os direitos e garantias constitucionais não passem de promessas irrealizadas.

A quantidade de serviços públicos e de prestações sociais arrogados à prestação do Estado faz com que a sua própria organização institucional se remodele para o asseguramento dos direitos. Conforme Pablo Lucas Verdú e Pablo

---

<sup>222</sup> A questão será aprofundada nos tópicos seguintes.

Lucas Murillo de la Cueva, isso implica não só que a fiscalização que o Judiciário faz da legalidade da atuação administrativa ganha importância, mas também a necessidade de introdução e de fortalecimento das instituições de garantia.<sup>223</sup>

A atividade de controle, a nosso ver, tem papel importante nessa mudança da atuação administrativa, não só pela alta capilaridade que detém, pois alcança todos os níveis da atividade da Administração Pública, mas também pela coercibilidade de que é dotada. O controle externo de competência dos Tribunais de Contas, por sua vez, deve ser o protagonista dessa mudança de forma de controle, pois possui instrumentos próprios mais eficazes para esse tipo de fiscalização, que lhe foram disponibilizados pela própria Constituição Federal (como analisamos no item anterior).

Portanto, não podem os Tribunais de Contas se limitar a realizar controle de legalidade, quando a própria Constituição Federal exige que a sua atuação se estenda para áreas mais importantes e mais críticas da Administração Pública. Do mesmo modo, o controle de resultados, para além de discussões sobre eventuais vieses políticos, ideológicos e econômicos instituídos pela Reforma Administrativa da década de 90, está previsto pela Constituição Federal quando exige que os Tribunais de Contas fiscalizem a atividade administrativa inclusive operacionalmente.

A imperatividade, a responsabilização e a posterioridade da atividade de controle, como características bem adaptadas ao controle tradicional, devem continuar sendo aplicadas quando o controle for de legalidade; contudo, a maior parte da competência dos Tribunais de Contas deixou de estar ligada meramente ao controle contábil das contas públicas para estar atrelada ao controle da gestão pública como um todo. Em virtude disso, o controlado deve ser chamado a participar mesma nas fases iniciais do processo de controle, que passa a ser entendido não como um processo de responsabilização *a posteriori* da atividade do administrador, mas como um processo de fiscalização em que equipes dotadas de capacidade ampla de avaliação da atividade pública podem se aproximar da gestão pública para sugerir melhores formas de atuação.

Entender o controle nessa nova perspectiva significa admitir que a atividade de controle não pode ser vista como um processo acabado, pois a comunicação

---

<sup>223</sup> VERDÚ, Pablo Lucas; CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. *Manual de Derecho Político*. v. I. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1994. p. 184.

inerente a este modelo exige que os rumos dos parâmetros do controle e das metas objetivadas possam ser alteradas no curso da fiscalização. Deveras, se a atividade administrativa é dinâmica, o controle não pode deixar de sê-lo, sob pena de se constituir num entrave à própria atuação administrativa.

A responsabilização deve ser deixada para aquelas circunstâncias em que a violação ao sistema jurídico é clara e intencional. O fim primeiro da atividade de controle deve ser a reorientação da atividade administrativa rumo ao cumprimento das garantias constitucionais. No controle da gestão pública, a responsabilização deve se dar apenas se restar provado o descumprimento dos objetivos traçados coparticipativamente entre controlador e controlado no início do processo de controle.

Consideradas essas características, impõe-se questionar igualmente os métodos pelos quais os Tribunais de Contas atuam.

Na prática, se tendemos a entender a atuação dos Tribunais de Contas como espécie de justiça administrativa, precisamos questionar se isso fortalece ou dificulta o cumprimento das tarefas de monitoramento e avaliação de políticas públicas de acordo com critérios de desempenho. Nesse sentido, cumpre transcrever a observação de Bruno Wilhelm Speck:

Alertamos para o fato de que os processos de avaliação de políticas públicas não ganham legitimidade por meio de regras de processualidade, como no caso de julgamentos, mas sim através da competência e da operacionalidade dos resultados do controle. (...) Isso abre caminho para discutir um segundo tema, ligado ao binômio julgamento-auditoria: a interação do Tribunal de Contas com outras instituições. No caso da função como instância de justiça administrativa, o Tribunal de Contas trabalha para ganhar autonomia, independência e autoridade em relação a outras instâncias decisórias. (...) Em relação às funções de monitoramento prospectivo através de auditorias, a prioridade não poderá ser a autonomia, a independência e a maximização do poder decisório. Ao contrário, a finalidade é o trabalho de assessoria a determinadas instâncias que têm poder decisório ou gerencial. São estas, em primeiro lugar, a própria administração, depois o Legislativo, e, finalmente, o público.<sup>224</sup>

Nesse modelo de controle desenhado pela Constituição, os Tribunais de Contas não devem atuar jurisdicionalmente,<sup>225</sup> pois o seu fim primeiro não é mais julgar contas públicas, apesar de tal atividade ainda ser dever das Cortes de Contas.

<sup>224</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. *Op. cit.*, p. 210-211.

<sup>225</sup> Pelo necessário recorte metodológico que delimita esta dissertação, não nos aprofundaremos na discussão existe sobre a natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas.

Nessa perspectiva e ponderando que a avaliação da gestão pública é a razão principal de existência desses Tribunais, a sua atuação deve ser concomitante e auxiliar, desprendida de formalismos típicos dos processos judiciais necessários a garantias de direitos de pessoas que estão em relação de litigância.

Pelo que se demonstrou até aqui, parece restar irrefutável que a Constituição Federal sagrou como controlador principal da atividade administrativa o Tribunal de Contas, seja ele da União, dos Estados ou dos Municípios.<sup>226</sup>

Nas palavras de Carlos Ayres Britto,

(...) os Tribunais de Contas se assumem como órgãos impeditivos do desgoverno e da **desadministração**. O desiderato constitucional é esse. Se, na prática, os Tribunais de Contas ainda não corresponderam à confiança da gloriosa *Lex Legum* de 1988, trata-se de disfunção ou de defecção que urge corrigir.<sup>227</sup> (destaque no original)

Desse modo, podemos concluir, nos termos do que examinamos no capítulo anterior, que a atividade de controle externo atribuída aos Tribunais de Contas deve se voltar à garantia tanto da dimensão subjetiva como da dimensão objetiva do direito fundamento à boa Administração.

Em realidade, aos Tribunais de Contas cabe principalmente a garantia da dimensão objetiva do direito, ainda não tão bem aprofundada nem pela teoria nem pela prática.

Por certo, a perspectiva objetiva do direito fundamental à boa Administração garante a sua irradiação a todo o ordenamento jurídico, apontando inclusive a exigência de aperfeiçoamento da função administrativa, independentemente de haver um sujeito concreto que reclame que a atuação administrativa lesou ou ameaça lesar direito seu.

Muitas vezes, o conjunto de cidadãos que usufrui de determinado serviço público, para ficarmos num só exemplo, questiona a qualidade do serviço recebido sem apresentar reclamação formal aos órgãos competentes para o controle e a

<sup>226</sup> Ao lado do controle realizado pelos Tribunais de Contas, não se nega a importância dada pela Constituição Federal ao controle interno. Contudo, considerando que o controle interno está mais sujeito, na prática, a pressões políticas e que há muitas vezes dificuldades na sua estruturação, principalmente no que tange às esferas municipais, as Cortes de Contas acabam ganhando papel de destaque no sistema de controle desenhado constitucionalmente.

<sup>227</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O Regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos. *Administração Pública – Direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 97-109. p. 109.

avaliação dessas situações. Dessa forma, a sensação de ineficiência das atividades públicas se espalha entre os cidadãos, sem que isso gere uma atuação para resolvê-la.

Nessas circunstâncias, o controle da atividade administrativa realizado através do viés objetivo do direito fundamental à boa Administração Pública é mais eficiente. A omissão estatal ou a má qualidade da gestão pública, quando afeta uma coletividade inteira, deve ser tratada genericamente e não de acordo com um questionamento específico de apenas um cidadão.

Por certo, o tratamento isolado da questão muitas vezes pode levar a violações gravíssimas ao princípio da igualdade, pois a situação que é resolvida apenas para aquele que, por exemplo, ajuizou ação judicial para ver resolvido o seu problema, pode prejudicar ou impedir a adoção de uma ação geral pela Administração, que poderia levar à solução do problema como um todo.<sup>228</sup>

Alguns autores chegam mesmo a negar a possibilidade de garantia dos direitos prestacionais em virtude do potencial de violação ao princípio da igualdade que tal garantia representaria, dada a instauração de concorrência entre os possíveis beneficiados.<sup>229</sup>

Nessas conjunturas, o controle deve se dar principalmente na dimensão objetiva do direito à boa Administração, de maneira que a ordem constitucional seja efetivamente realizada e, em consequência, sejam garantidos os direitos individuais previstos constitucionalmente e que dependem de atuação administrativa para sua concretização. Os Tribunais de Contas são os órgãos mais bem adaptados a esse tipo de controle, como visto. Nesse sentido, o controle da atividade administrativa realizado pelas Cortes de Contas se constitui como verdadeiro garantidor de direitos.

Essa função que deve ser considerada a primordial para o controle da atividade administrativa gera outra, não menos importante: a de relegitimar o próprio Direito Administrativo e, por consequência, a atividade administrativa.

Como já visto, hoje o principal fator que legitima a atuação administrativa é a entrega de prestações à população que correspondam a direitos fundamentais.

---

<sup>228</sup> Ver itens 4.4.3.1 e 4.4.3.2.

<sup>229</sup> É este o posicionamento de Gordillo, para quem não é dada a possibilidade de um indivíduo requerer, em caráter exclusivo, uma prestação positiva genérica ou universal, pois, ao obtê-la, todos os demais restam excluídos. Nesses casos, para ele, não há direito subjetivo à prestação, mas mero direito reflexo, a não ser que a Administração tenha condições de oferecer a prestação a todos os possíveis interessados. In: GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Parte General. Tomo 2. Buenos Aires: Córdoba 2015, 1980. p. XV-29; XV-37.

Quando a atividade de controle está orientada para o controle da gestão pública, a atividade administrativa tende a se orientar para a melhoria da gestão, garantindo a prestação de serviços públicos melhores e mais eficientes. Essa é uma decorrência da própria natureza do controle, dotado de caráter coercitivo.

Para Thiago Lima Breus, um dos parâmetros de controle aplicável às políticas públicas é justamente a verificação do efetivo alcance do resultado final pretendido com a atividade estatal:

Uma vez definidas as metas concretas que deverão ser prioritariamente perseguidas pelo poder público, a aplicação dos parâmetros de controle também não apresenta maiores dificuldades.

Trata-se de verificar se o resultado final da atividade do Estado em cada uma das áreas está, efetivamente, sendo atingido. Caso a resposta seja negativa, impõe-se a aplicação dos recursos disponíveis em **políticas públicas** vinculadas a essa finalidade estatal, de modo que outros gastos terão que esperar.

Esse parâmetro é o mais complexo, uma vez que requer o exame dos meios escolhidos pelo poder público para a realização das metas constitucionais. A escolha das **políticas públicas**, ou o meio pelo qual os fins constitucionais serão atingidos é matéria que a Constituição reserva à definição ou discricionariedade política.<sup>230</sup> (destaques no original)

Sendo assim, o controle que é feito com fundamento em parâmetros neoconstitucionais gera ganho de legitimidade não só ao Direito Administrativo enquanto área de conhecimento, pois refunda o tema a partir de fundamentos mais consentâneos com a realidade contemporânea, mas também à própria atividade administrativa, que passa a estar mais preocupada com aquilo que realmente importa para a população.

Há, portanto, certa circularidade no processo de legitimação: enquanto a boa administração garante o funcionamento correto e harmônico das estruturas estatais, ajuda a legitimar a atividade administrativa. Uma atividade administrativa reconhecidamente boa e conveniente leva à adesão interna às normas e instituições constitucionais e à consequente integração política.<sup>231</sup>

Cabe lembrar, ainda, que a própria Constituição Federal atribui aos Tribunais de Contas o controle de legitimidade, que garante, ainda, que a atividade

<sup>230</sup> BREUS, Thiago Lima. *Op. cit.*, p. 217.

<sup>231</sup> Sobre o chamado sentimento constitucional, ver VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Traduzido por Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



administrativa deve produzir não apenas decisões *pelo* povo, mas também *para* o povo, consoante Speck.<sup>232-233</sup>

Nessa lógica, apenas com o respeito ao desenho constitucional delineado para os Tribunais de Contas esses órgãos passarão a fazer jus à confiança depositada pela Constituição Federal. Em outras palavras, somente a partir do momento em que servirem efetivamente à garantia dos direitos, sejam eles individuais ou coletivos, os Tribunais de Contas encontrarão amparo real integral na Constituição Federal.

#### 4.4 O CONTROLE REALIZADO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS E OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE SOB O ENFOQUE DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Como averiguamos no item anterior, o controle realizado pelos Tribunais de Contas não deve perder de vista que a sua função primordial é a de garantir os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.

A atividade de controle, contudo, sempre enfrentou o problema da delimitação dos seus critérios, dada a necessidade de estabelecimento de limites para o controle diante de áreas e de decisões em que há discricionariedade.

Essa problemática, que é já tradicional e sobre a qual já se escreveu um sem número de páginas, é tipicamente abordada por administrativistas e processualistas que tratam do controle realizado pelo Poder Judiciário.

Entretanto, já delimitado que esta dissertação tem como foco principal o controle exercido pelos Tribunais de Contas, a temática será enfrentada segundo esse viés, ainda pouco explorado pela doutrina.

---

<sup>232</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. *Op. cit.*, p. 166.

<sup>233</sup> Conforme Speck, isso implica a exigência de qualidade técnica e de neutralidade política por parte dos Tribunais de Contas. Não se desconhecem as inúmeras críticas feitas sobre a ausência de neutralidade dos Tribunais de Contas, principalmente em virtude do caráter político da escolha de Ministros e Conselheiros. Contudo, considerando que a Constituição Federal exige que os membros das Cortes de Contas possuam idoneidade moral e reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública e mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados (incisos II, III e IV do parágrafo 1º, do artigo 73, da Constituição), nota-se que o problema está ligado à forma de funcionamento prático dos processos de seleção dos membros e não ao desenho constitucional da questão.

Admitindo-se, ainda, que estamos propondo a releitura da atuação desses órgãos de controle conforme a perspectiva neoconstitucional, para iniciarmos a abordagem da questão, traremos inicialmente quais foram os entendimentos primeiros acerca da discricionariedade e como os limites das atividades dessa natureza vêm sendo alargados, para após indicarmos em quais termos a discussão atinge a atividade neoconstitucional de controle dos Tribunais de Contas.

#### 4.4.1 As transformações do conceito da discricionariedade administrativa

A discricionariedade administrativa é um tema já clássico dentro do Direito Administrativo e que se construiu no momento inicial garantindo ao administrador público grande liberdade de atuação.

Como verificamos no capítulo 2, o Direito Administrativo, em seu momento de formação inicial, representou a instituição de medidas autoritárias pelo Estado. Ademais, nesse momento, a atividade administrativa não estava submetida a controle pelos poderes Legislativo ou Judiciário.

Nesse primeiro estágio, conforme nos conta Maria Sylvia Zanella di Pietro,

A discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial.

Essa concepção decorria de uma doutrina que, ao explicar as três funções do Estado, atribuía à Administração Pública a missão de apenas executar a lei, de forma muito semelhante àquela utilizada pelo Judiciário. À Administração Pública caberia apenas a atuação concreta das normas gerais e abstratas contidas na lei. Daí um conceito de ato administrativo muito semelhante ao da sentença, ou seja, uma declaração da Administração com o objetivo de aplicar a lei ao caso concreto.

Mas, ao lado dessa atividade administrativa vista como simples execução legal, havia outra, de livre apreciação, na qual a Administração Pública atuava isenta de vinculação legal e, portanto, de controle judicial. Era a forma como se concebia a discricionariedade nesse período.

Daí resulta a necessidade de compatibilizar essa ideia da discricionariedade com o princípio da legalidade administrativa. A consequência foi que este último era entendido de forma muito mais liberal do que a atualmente concebida: a Administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, como também tudo aquilo que a lei não proibisse.<sup>234</sup>

<sup>234</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 27.

A discricionariedade estava ligada, então, aos casos em que havia absoluta ausência de determinação legal sobre a atividade administrativa, de forma que o administrador público era livre para tomar as decisões que quisesse, sem estar submetido a controle, dada a inexistência de parâmetros para tal.

Contudo, com o advento do Estado de Direito Social e a influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade passou a ser entendido como adstrição da Administração à lei, de modo que aquela só podia fazer o que esta permitia.<sup>235</sup> Nesse sentido, a discricionariedade ganhou novo significado, pois passou a compreender um espaço de liberdade deixado ao administrador pela própria lei.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade não pode resultar da ausência de lei, vez que “somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei.”<sup>236</sup>

De acordo com Bandeira de Mello,

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>237</sup>

Desse conceito, pode-se concluir não só que a discricionariedade precisa estar delimitada pela lei, mas também que possui natureza de verdadeiro dever, pois, quando o administrador se vê numa situação em que a lei deixa espaço para que ele opte entre duas ou mais soluções cabíveis, terá ele de escolher uma opção compatível com o direito, não podendo se manter inerte.

Aqui, estamos alargando o conceito apresentado por Bandeira de Mello, pois a solução escolhida deve estar em consonância não apenas com a lei, mas também com o direito como um todo, aceita inclusive a supremacia da Constituição.<sup>238</sup>

---

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>236</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 13.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>238</sup> Ver item 4.4.2.1.

A discricionariedade deve ser entendida, então, como uma abertura normativa que remanesce ao administrador para que ele concretize a boa administração diante do caso concreto, tomando a sua decisão amparado pelas regras e princípios jurídicos. Conclui Marco Maselli Gouvêa, “diante das restrições do caso concreto, o dever-poder discricionário adensa-se em dever de boa administração.”<sup>239</sup>

Costuma-se dizer, ainda, que a discricionariedade está ligada à apreciação da oportunidade e da conveniência das soluções cabíveis diante da lei.<sup>240</sup> Ambas essas características, a oportunidade e a conveniência, compõem o chamado mérito do ato administrativo e representam elementos extrajurídicos da atividade administrativa.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, mérito “é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto”, afim de que “o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente”.<sup>241</sup>

Sobre isso, traremos maiores desdobramentos no tópico seguinte.

Em termos teóricos, são duas as justificativas usualmente apresentadas para a existência da discricionariedade da Administração: a separação dos poderes e a representatividade do Executivo.<sup>242</sup>

Como pesquisamos no capítulo anterior, a separação dos poderes é um dos pilares do princípio da legalidade. Na visão inicial liberal da discricionariedade, o administrador podia agir como bem entendesse na ausência de lei. Portanto, o espaço discricionário era compreendido como o espaço de atuação deixado ao administrador público e no qual nem o Legislativo nem o Judiciário poderiam se imiscuir.

Contudo, com a complexificação do postulado da separação dos poderes, também a discricionariedade ganha novo fundamento, não apenas pela existência de um intrincado sistema de freios e contrapesos entre os poderes, que faz com

---

<sup>239</sup> GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da Discricionariedade Administrativa na Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 309-386. p. 354.

<sup>240</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma que, pelo poder discricionário, o administrador “pode apreciar a conveniência ou oportunidade dentro das soluções legais admitidas de forma indeterminada, de modo a proceder desta ou daquela maneira.” In: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 471.

<sup>241</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 981.

<sup>242</sup> GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 334.

que eles estejam constantemente em relação, mas também pela própria crise da lei diante da complexidade e da velocidade das relações sociais atuais, que demandam respostas mais céleres e mais técnicas, e, portanto, mais afeitas à atuação do próprio administrador público.

De outra parte, a discricionariedade administrativa encontra fundamento na própria representatividade do Executivo, em virtude da existência de eleições democráticas para a escolha dos representantes.<sup>243</sup>

A discricionariedade também pode ser justificada juridicamente de acordo com a teoria kelseniana de formação escalonada do direito, em que o ato administrativo serve de execução da lei, e, nesse sentido, representa a concretização do fundamento de validade legal.<sup>244</sup>

A essas três justificativas teóricas, some-se o fato de que ao legislador não é possível prever todas as situações fáticas que demandarão a atuação do administrador, razão pela qual a abertura para a discricionariedade na lei serve como técnica para que o gestor possa dar uma boa resposta às situações concretas que se lhe apresentarem.

Por esse ângulo, a Administração Pública deve estar guiada pelo dever da boa administração, já que a discricionariedade lhe é garantida justamente para que possa satisfazer o interesse público da maneira mais consentânea com as situações concretas, dadas as limitações da lei e diante da crise do princípio da legalidade, como verificamos no capítulo anterior.

Miguel Sánchez Morón justifica que, hoje, a Administração Pública é a instituição pública que se individualiza e se legitima pela persecução dos interesses gerais, o que deve servir de fundamento para a construção do Direito Administrativo.<sup>245</sup> Sendo assim, também a discricionariedade administrativa só pode se justificar a partir desse mesmo fundamento:

Em outras palavras, a Administração é uma organização destinada ao serviço da sociedade, do bem comum, dos interesses gerais que foram definidos pelas normas jurídicas e, no marco das mesmas, pelos órgãos governativos democraticamente eleitos (de maneira direta ou indireta) pelos cidadãos; órgãos que têm uma indiscutível legitimidade democrática e que

<sup>243</sup> *Idem.* Sobre o assunto, estender-nos-emos também no próximo item.

<sup>244</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 70.

<sup>245</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 99.

dirigem politicamente as diferentes instâncias administrativas territoriais e adotam as decisões administrativas mais importantes. Uma organização, ademais, profissionalizada e capaz de realizar e gerir (melhor ou pior na prática) com objetividade as atividades e serviços que requer o interesse público. Essas características são precisamente as que – aqui como em todas as partes – legitimam a atribuição à Administração de um conjunto de poderes, faculdades e prerrogativas de direito público (...). Tais atribuições jurídicas não constituem, pois, uma anomalia (ou um “privilegio”, como sói se dizer tão impropriamente) que tenha de ser reduzida ao mínimo, vez que são instrumentos necessários para que a Administração possa desempenhar a função que tem desenhada constitucionalmente, a serviço da coletividade.<sup>246</sup>

É também Morón que nos indica que, segundo essa leitura contemporânea da discricionariedade, o princípio da legalidade precisa ser reinterpretado novamente.

Deveras, especificamente com relação à discricionariedade, o princípio da legalidade implica uma diferenciação necessária no que se entende por “reserva de lei”, vez que esse subprincípio da legalidade ganha maior importância. Em virtude disso, a reserva de lei não deve mais ser vista desde uma óptica substancial, pois, mesmo naquelas numerosas situações em que a Constituição deixa a matéria sob reserva de lei, não há mais como entender que o Legislativo está obrigado a reger a matéria em detalhes.<sup>247</sup> Nesse sentido, a crise do princípio da legalidade tradicional e a discricionariedade estão intimamente imbricadas, numa relação circular.

#### 4.4.2 O controle da discricionariedade pelos Tribunais de Contas a partir do viés neoconstitucional

Neste item, trataremos das possibilidades e dos limites do controle de discricionariedade a ser realizado pelos Tribunais de Contas, indicando quais são as exigências que o neoconstitucionalismo impõe sobre a matéria.

Em vista disso, também traremos a releitura dos temas tradicionalmente abordados quando se estuda a discricionariedade, focalizando-os a partir do controle neoconstitucional dos Tribunais de Contas.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 99-100. Tradução livre.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 107-108.

#### 4.4.2.1 Os Tribunais de Contas e o controle de discricionariedade

Vimos no tópico anterior que a atuação discricionária do administrador público exige que sejam tomadas decisões de oportunidade e de conveniência, que compõem o chamado mérito do ato administrativo.

Esses elementos da discricionariedade são tipicamente extrajurídicos, de sorte que, quando o administrador age no exercício do seu poder-dever discricionário, age politicamente.

Nessa perspectiva, a definição dos interesses públicos a perseguir imediatamente e a determinação das medidas a serem adotadas devem ser realizadas pelo administrador, quando do exercício discricionário, de acordo com parâmetros jurídicos externos, como os princípios e as definições constitucionais, sem que, contudo, obedecidos esses limites, existam critérios propriamente jurídicos para a escolha.

Conforme os ensinamentos de Luiz Alberto Blanchet, nos espaços vinculados, a legalidade pode ser aferida de modo objetivo. Já no âmbito da discricionariedade, vê-se uma inter-relação entre mérito e subjetividade,<sup>248</sup> pois os resultados da atuação discricionária do administrador são obtidos no estágio dinâmico da atuação do agente, em que se reconhece um momento criativo ao administrador diante do caso concreto e da norma, que, de potencialmente discricionária, deu lugar a um momento efetivo de discricionariedade.<sup>249</sup>

Entendemos, juntamente com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que a discricionariedade está imbricada com a legitimidade. Ele assim define discricionariedade:

Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessária para integrar a definição dos elementos essenciais

<sup>248</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. *Discricionariedade Administrativa*. 1990. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 153.

<sup>249</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. Desenvolvimento e sustentabilidade como fatores delimitadores da discricionariedade do Estado nos atos administrativos que repercutem sobre a atividade econômica. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7581](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7581)>. Acesso em: 1 fev. 2016.

à prática de atos de execução, necessária para atender a um interesse público específico.<sup>250</sup>

Indicado de outro modo, no momento do exercício do poder-dever discricionário, a atividade do administrador consubstancia-se numa opção política, como “um ato de criação e não de mera execução”.<sup>251</sup>

O caráter criativo do administrador quando do exercício do poder-dever discricionário também foi ressaltado por Bielsa, para quem “administrar é ‘conceber’ e levar de imediato à prática a concepção ou disposição, com critérios de oportunidade, de eleição de meios, de economia, de maior eficiência etc.”<sup>252</sup>

Esse caráter político da discricionariedade não pode deixar de remeter à legitimidade da atuação administrativa, como visto nos itens precedentes.

A discricionariedade pode ser vista como um dos elementos capazes de assegurar a legitimidade do Estado, pois, tendo caráter eminentemente político, pode ou não ser capaz de criar consensos respaldadores do seu poder.

Consistindo, portanto, numa porta de entrada para a política dentro do âmbito jurídico e legal, a discricionariedade pode ser considerada um elemento de legitimidade.

Nessa lógica, interessante anotar a conclusão a que Marco Maselli Gouvêa chega ao analisar como o Poder Judiciário passou a entender pela possibilidade de concessão de remédios aos cidadãos, pois, neste caso, resta clara a ligação entre discricionariedade e legitimidade. Para ele,

O exemplo da guinada jurisprudencial, no que tange ao fornecimento de remédios, demonstra que o reconhecimento de uma determinada esfera de discricionariedade, cuja integração seria prerrogativa do administrador público, depende muito mais da formação de consensos sociais e da comunidade jurídica acerca da elevação de determinadas políticas públicas ao patamar de verdadeiros **direitos**, exigíveis em virtude de um imperativo metapositivo partilhado pela **comunidade de princípios**, do que, meramente, pela iniciativa do legislador – ainda que este legislador seja o constituinte.<sup>253</sup> (destaque no original)

<sup>250</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade...*, p. 22.

<sup>251</sup> *Idem*.

<sup>252</sup> BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo I. 5. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955. p. 208.

<sup>253</sup> GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 319.



A discricionariedade, enquanto elemento de legitimidade, está diretamente ligada à formação dos consensos sociais que servem de fundamento para a atividade estatal. Logo, o caráter político da discricionariedade revela-se em toda a sua extensão, pois aquilo que é efetivamente exigido pela sociedade deixa de ser meramente discricionário para o administrador e passa a ser de cumprimento necessário, sob pena de perda do seu poder.

Ora, já estudamos que a legitimidade é um dos critérios do controle a ser realizado pelos Tribunais de Contas.

Sendo assim, os Tribunais de Contas devem controlar a legitimidade da atividade administrativa. Isso não quer dizer que deva haver controle da formação dos consensos sociais, que, como verificamos, estão dispostos na Constituição Federal, mas que deve incidir controle sobre a conformidade entre a atuação administrativa e os consensos sociais, constitucionalmente postos.

Essa afirmação parece simples, mas em realidade demonstra que a Constituição Federal atribuiu a esses órgãos um gênero de controle bastante complexo, que não é atribuído expressamente a nenhum outro órgão do sistema de controle construído constitucionalmente.

A título de exemplo, o Poder Judiciário, caso controle a legitimidade da atividade administrativa, provavelmente enfrentará sérias críticas sobre a sua competência para apreciar aspectos políticos da decisão do administrador. Em realidade, a possibilidade de controle do Judiciário de questões mais próximas à legitimidade está dada pela finalidade e pelo princípio da moralidade<sup>254</sup>; contudo, ambos os critérios não parecem ter o mesmo alcance que o controle de legitimidade, atribuído expressamente pela Constituição apenas às Cortes de Contas.

O controle de legitimidade, em última instância, está relacionado ao controle do interesse público, ou melhor, ao controle de conformidade entre a atividade administrativa e o interesse público.

Deveras, a discricionariedade é uma técnica legal que permite que o interesse público seja alcançado diante do caso concreto nas situações em que a existência de uma previsão geral e abstrata sobre a situação não seria possível ou suficiente. A

---

<sup>254</sup> Para demonstrar o percurso jurídico que se deve fazer para se admitir a possibilidade de controle de legitimidade pelo Judiciário, trazemos trecho de Marco Maselli Gouvêa: “Do ponto de vista prático, o postulado da moralidade vem permitir o controle da legitimidade de atos administrativos, diante da insuficiência da técnica de posituação para relacionar as condições que o senso comum exigiria do ato.” In: GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 352.

discricionariedade, enquanto técnica, portanto, serve para o atendimento do interesse público; no exercício da atividade discricionária, obviamente o administrador não poderá se demover dessa mesma finalidade.

Segundo os ensinamentos de Moreira Neto, “o ato administrativo que não atende ao ‘interesse’ público é ilegítimo; padece de vício de legitimidade; é má administração; revela um desempenho ilegítimo da função administrativa.”<sup>255</sup> Isso porque o interesse público, que é uma categoria amplamente utilizada pelo direito, pode ser considerado como expressão dos consensos sociais garantidores da legitimidade do poder do Estado.

Sendo assim, controlando a legitimidade dos atos administrativos, os Tribunais de Contas estarão, em realidade, garantindo que a Administração está cumprindo o seu dever de bem administrar em favor do direito dos cidadãos a uma boa administração.

Sobre o assunto, precisamos perquirir, ainda, por que razão a Constituição Federal teria atribuído às Cortes de Contas o controle de legitimidade da atividade administrativa.

Bruno Wilhelm Speck identifica três principais critérios de controle: o controle contábil-legal (tradicional), o controle da eficiência e da eficácia e o controle da moralidade. Segundo o sociólogo, os diferentes critérios representam diferentes concepções sobre o que é governo, como ele funciona, quais são as suas finalidades e, portanto, como deve ser avaliado.<sup>256</sup>

Nessa lógica, vê-se que os três tipos de controle foram acometidos as Tribunais de Contas, de forma que a sua competência para fiscalização da Administração Pública não encontra comparativo com nenhum outro órgão desenhado constitucionalmente.

O controle de legitimidade, portanto, está interligado a essa ampla gama de controles, pois um órgão que é capaz de perquirir a eficiência, a economicidade, a operacionalidade, a juridicidade, entre outros, da atuação administrativa, poderá avaliar melhor se a atividade está também em conformidade com o interesse público.

---

<sup>255</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade...*, p. 28.

<sup>256</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. *Op. cit.*, p. 151.

Com efeito, quanto maior o número de informações sobre a atividade administrativa, com mais acerto se poderá aferir a sua compatibilidade com os consensos formados socialmente em determinado espaço e tempo.

Os Tribunais de Contas, por sua vez, são os órgãos que possuem maior facilidade para a produção dessa espécie de informação, em virtude mesmo da sua composição e da sua estruturação.<sup>257</sup>

Por ora, contudo, precisamos deixar indicado que o controle de legitimidade é afeto aos Estados Sociais Democráticos, em que a quantidade de direitos garantidos é razoável, o que demanda grande capacidade operativa da Administração Pública, a quem são deixadas grandes parcelas de discricionariedade.

Nessa perspectiva, o aumento da discricionariedade, a nosso ver, necessariamente deve vir acompanhado pelo aumento e intensificação da atividade de controle, dado o crescimento da possibilidade de desvios e de inefetividade.

Aproveitando-se da lição de Horst Ehmke, citado por Morón, a finalidade do controle administrativo “não é lograr um controle ‘máximo’ da Administração, mas um controle ‘ótimo’”, capaz de conciliar “o interesse dos cidadãos em lograr uma suficiente proteção jurídica com o interesse que os cidadãos têm também em que a Administração seja capaz de realizar suas prestações.”<sup>258</sup>

O controle de legitimidade, por sua vez, vem para garantir que a atuação discricionária política deixada pelo direito ao administrador não desborde do interesse público consubstanciado constitucionalmente.

Apesar de poder realizar auditorias e inspeções de caráter auxiliar à Administração, apontando as suas falhas e deficiências, Speck nos adverte que “o Tribunal de Contas tem uma posição única para criticar os arranjos viciados” dentro do sistema de controle constitucionalmente desenhado e que é composto por inúmeros órgãos, “podendo chegar, inclusive, a censurar os próprios representantes eleitos, já que a sua atuação não tem por destinatários os representantes, mas o povo em geral.”<sup>259</sup>

Em virtude disso, fica claro que, ainda que as Cortes de Contas atuem em auxílio à Administração, fazendo auditorias e inspeções com a finalidade de apontar

---

<sup>257</sup> Voltaremos a estudar o assunto no item 4.4, quando examinarmos o lócus por excelência do controle da discricionariedade administrativa.

<sup>258</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Op. cit.*, p. 18. Tradução livre.

<sup>259</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. *Op. cit.*, p. 135-136.

as falhas e vícios não para o sancionamento dos representantes, mas para a melhoria da atividade administrativa, o destinatário final das suas competências é o povo e não os poderes constituídos.

Na lição de Juarez Freitas:

De sorte que o inovador consiste em ampliar a efetividade do controle de conformidade da gestão pública com os objetivos fundamentais da Constituição, de maneira a afirmar padrão qualitativo e quantitativo de avaliação (...).

Nessa perspectiva, força, em tempo útil, adotar mecanismos acordados de incentivo à produtividade compartilhada, na ciência do inseparável binômio participação/eficácia da gestão pública. Além disso, as autoridades controladoras precisam colaborar, sinergicamente, para o aperfeiçoamento da aferição (de preferência, em caráter preventivo) dos projetos de infraestrutura, saúde, segurança e educação, assim como na construção de relacionamentos confiáveis entre Administração e sociedade, condição decisiva para viabilizar parcerias produtivas de longo prazo, bem como para desinibir investimentos estruturais e viabilizar a prestação de serviços públicos adequados.<sup>260</sup>

Destarte, a legitimidade reconquistada com a ajuda dos Tribunais de Contas retoma o seu papel principal, que é garantir que o poder seja exercido em prol do povo e em nome do povo e não para garantir a manutenção forçada de estruturas de poder que se mantêm legítimas apenas em virtude da força ou da ignorância política.

Sobre o assunto, ainda resta esclarecer que, apesar de a clássica teoria da democracia participativa atribuir a avaliação do desempenho do governo apenas à seleção imposta por meio das eleições partidárias, acreditar que tal julgamento se dará satisfatoriamente apenas por meio de eleições é noção que julgamos simplista e ingênuo, dado o próprio afastamento entre representantes e representados imposto pela democracia representativa.

Bruno Wilhelm Speck aponta várias distorções possíveis no controle meramente eleitoral dos atores políticos: “a facilidade de aprovar políticas orientadas para gastos; a dificuldade em realizar políticas de cortes diante da necessidade do apoio eleitoral”, e, ainda, “a distorção da representação por políticas populistas de curto prazo e em detrimento do interesse de futuras gerações”. Aponta, “finalmente, as falhas inerentes ao sistema de controle, quando políticos legislam em causa

---

<sup>260</sup> FREITAS, Juarez. *O controle...*, p. 35.

própria, como nas hipóteses de financiamento de partidos políticos ou da remuneração de parlamentares.”<sup>261</sup>

Segue o doutor alemão em ciência política:

Vários teóricos criticam, hoje, a hegemonia do princípio da legitimação pelo voto. O cientista político O'Donnell revitaliza a ideia do bem comum, e reflete sobre a sua implantação através de mecanismos regulatórios não exclusivamente verticais, como o processo eleitoral, mas por meio de controles horizontais de instâncias regulatórias intermediárias, não sujeitas à lógica da competição política. O jurista Armin, na Alemanha, defende um modelo mais realista para a democracia representativa. Segundo ele, o sistema político-administrativo, no seu conjunto, está orientado para a produção do bem comum, sendo que cada instituição tem a mesma legitimidade de contribuir para o bem comum, na medida da sua capacidade.<sup>262</sup>

Nesse sentido, não há dúvidas de que os Tribunais de Contas têm legitimidade para controlar a atividade administrativa, visto que o sistema criado constitucionalmente para a avaliação do interesse público é democrático, participativo e poli-institucional, de modo que o administrador público não detém mais hegemonia na avaliação do que deve ser realizado e de como deve ser realizado.

#### 4.4.2.2 Discrecionariade e controle: o controle dos Tribunais de Contas como garantia de direitos

O controle da atividade administrativa discricionária passou por várias fases, como vimos.

Se, no início, a discrecionariade era a possibilidade mesma de a Administração agir na ausência total de lei, sem nenhum tipo de controle, as transformações do instituto fizeram com que ele se vinculasse ao princípio da legalidade.

Para além disso, contudo, a doutrina e a jurisprudência já vêm admitindo há um bom tempo o controle da atividade discricionária fundado em princípios jurídicos,

<sup>261</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. *Op. cit.*, p. 163.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 163-164.

como a impessoalidade, a moralidade, a proporcionalidade, a razoabilidade, entre outros.

Os estudos sobre isso são fartos e o fundamento principal do uso desses critérios de controle, principalmente quando realizado pelo Poder Judiciário, é a constitucionalização do Direito Administrativo, operada após a Segunda Grande Guerra, como analisamos no capítulo 2, e, especialmente na experiência brasileira, após o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 37 submeteu inquestionavelmente a Administração a vários princípios.

Apesar de este tema estar ligado ao assunto desta dissertação, a delimitação sobre o controle realizado pelos Tribunais de Contas impede que avancemos especificamente sobre o controle principiológico feito da atividade administrativa e que é discutido principalmente a partir das experiências do Poder Judiciário.

De fato, o que nos interessa é avaliar em que medida a constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro impactou o controle realizado especificamente pelos Tribunais de Contas.

Não se ignora que o neoconstitucionalismo também influencia o controle das Cortes de Contas quanto aos parâmetros principiológicos que podem ser usados, vez que tais Tribunais também podem controlar a atividade administrativa a partir de princípios como a moralidade, a impessoalidade, a razoabilidade etc. Contudo, ater-nos-emos às contribuições do neoconstitucionalismo especificamente com relação aos critérios de controle mais importantes desenhados pela Constituição para esses órgãos e que não são comuns aos demais órgãos que compõem o sistema de controle brasileiro.

Nesse sentido, salta aos olhos a competência que os Tribunais de Contas possuem para controlar os direitos fundamentais conforme a perspectiva objetiva, como já investigamos em item anterior.

É interessante comentar, de mais a mais, como, apesar de a doutrina do direito constitucional já estar bastante evoluída quanto ao desenvolvimento do neoconstitucionalismo, o Direito Administrativo ainda não se mostrou suficientemente preparado para receber tais influências.

Isso posto, por exemplo, um influxo direto da teoria dos direitos fundamentais – cuja aproximação é necessária diante da supremacia de uma Constituição fortemente principiológica e garantista como a nossa – para o Direito Administrativo

é o fato de ela representar um contraponto bastante incisivo à discricionariedade administrativa.<sup>263</sup>

Por certo, o neoconstitucionalismo representa a garantia a todas as pessoas dos direitos funcionais à potencialização do ser humano (ver nota 109), de forma que a discricionariedade do administrador público se restringe também por essa necessidade de proteção da pessoa humana.

Como comentamos, inclusive uma das características do neoconstitucionalismo apontadas por Guastini é justamente a recolocação do problema da discricionariedade política, já que as próprias normas constitucionais passam a ser usadas para justificar a atividade administrativa.

Obviamente, se a discricionariedade é afetada pelo neoconstitucionalismo, o controle da discricionariedade também precisa estar atento a esse fato.

Avaliando a competência dos Tribunais de Contas para controlar a legitimidade da atividade administrativa, fica patente que a própria Constituição Federal deu instrumentos suficientes para esses órgãos controlarem a supremacia da Constituição e a efetivação dos direitos nela previstos.

De acordo com a competência desses órgãos, a questão mais relevante que o neoconstitucionalismo nos propõe a examinar é o controle dos direitos fundamentais de natureza prestacional.

Os direitos fundamentais de natureza prestacional são aqueles que exigem uma prestação estatal para que possam ser usufruídos. Apesar de, em geral, a natureza prestacional ser atribuída aos chamados direitos de segunda geração,<sup>264</sup> ela pode caracterizar qualquer direito, desde que exija uma atuação positiva, seja ela jurídica ou material, do Estado.

A dificuldade de implementação dos direitos prestacionais também é um tema bastante conhecido da doutrina, principalmente do direito constitucional.

---

<sup>263</sup> GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 358.

<sup>264</sup> A propósito, o entendimento de Paulo Bonavides: “Mas [os direitos fundamentais de segunda geração] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.” A respeito da definição do que seriam os direitos de segunda geração, Bonavides afirma: “São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.” *In*: BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional...*, p. 564.

Muitas dessas dificuldades são atribuídas ao espaço discricionário que a lei ou a Constituição Federal deixam ao administrador. Assim, apesar de o direito constitucional reconhecer a supremacia da Constituição e a necessidade de garantia de máxima efetividade do texto constitucional, enquanto o Direito Administrativo não reconhecer que essas premissas do neoconstitucionalismo afetam incisivamente o instituto da discricionariedade administrativa, de pouco valerá o trabalho dos constitucionalistas.

Efetivamente, muitas vezes se diz que o administrador possui discricionariedade, segundo Marco Maselli Gouvêa, diante de

(...) supostos **defeitos** nas disposições normativas que, aparentemente, reconheceriam certo direito social. Estes defeitos dizem respeito à alegada ineficácia das normas constitucionais definidoras de direitos prestacionais, bem como a lacunas aparentes por vezes detectáveis no texto da norma.

(...)

Sustentam alguns que as normas – constitucionais ou não – definidoras das situações jurídicas prestacionais geralmente são vazadas em termos por demais imprecisos, valendo-se de conceitos indeterminados ou fluidos tais como **interesse público**, **pobreza**, etc., e que esta circunstância (...) determinaria a ausência de auto-aplicabilidade das normas em questão.

(...)

Argumento semelhante (...) é o de que as normas tipificadoras de situações jurídicas prestacionais normalmente aludem a objetos amplos demais.<sup>265</sup> (destaques no original)

A partir do momento em que o administrador passa a ser controlado de acordo com critérios neoconstitucionais, passa a ter de orientar toda a sua atuação de acordo com as normas constitucionais.

A Constituição Federal, por sua vez, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, dispõe que têm aplicação imediata as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Sendo assim, o administrador está obrigado a obedecer tal comando, não podendo alegar que a implementação de direitos e de garantias fundamentais está no seu âmbito de discricionariedade.

Aos Tribunais de Contas, por sua vez, impende fazer o controle da legitimidade da atividade administrativa e da sua conformidade com a Constituição e não apenas com a lei.

Nesse sentido, ainda que a lei traga termos vagos ou fluidos ou que aluda a objetos amplos demais, quando se tratar de implementação de direito ou de garantia

<sup>265</sup> GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 336-338.



fundamental, o controle deve levar em conta que a situação deve ser lida à luz da Constituição Federal, garantindo-lhe a maior efetividade possível.

Às Cortes de Contas, outrossim, esse gênero de controle é bastante fácil, pois dispõem de instrumentos como auditorias e inspeções operacionais. Fundando-se nos critérios de economicidade, eficácia, efetividade e eficiência, tais órgãos são capazes de apontar inclusive o grau de efetividade que determinada ação administrativa representa diante do comando legal ou mesmo constitucional.

Conforme Marco Maselli Gouvêa:

A oposição à efetivação de direitos sociais prestacionais com esteio em considerações de índole positiva – falta de norma regulamentadora, insuficiência da previsão do direito meramente no texto constitucional, que seria programático, sem aplicabilidade imediata – pode ser rebatida com recurso a um postulado hermenêutico – o postulado da efetividade do direito e de supremacia da Constituição – e, no caso brasileiro, com o auxílio da interpretação, em moldes tradicionais, do texto constitucional, bastante minucioso e claramente instituidor de posições jurídicas diretamente desfrutáveis.<sup>266</sup>

Para além das questões conceituais, também é comum a alegação de impossibilidade de cumprimento de direito prestacional em virtude da chamada reserva do possível, definível como “uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes”.<sup>267</sup>

Não podemos ignorar que os direitos prestacionais podem ser divididos em direitos originários e em direitos derivados.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos derivados a prestações referem-se: a) ao direito de igual acesso; b) ao acesso e utilização das estruturas institucionais públicas; c) ao direito de igual uso e participação. Já os direitos originários a prestações podem ser identificados se, a partir da garantia constitucional do direito, reconhece-se que o Estado tem o dever de criar “os pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos” e que cidadão tem a faculdade de “exigir, de forma imediata, às prestações constitutivas desses direitos.”<sup>268</sup>

<sup>266</sup> GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 345.

<sup>267</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 212.

<sup>268</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 554.

De forma mais ampla, podemos entender que, enquanto os direitos originários a prestações podem ser exigíveis diretamente em decorrência da própria Constituição, os direitos derivados a prestações dependem de concretização dos direitos constitucionais pelo legislador ordinário.

Não há dúvida de que os Tribunais de Contas podem controlar os direitos originários a prestações de forma integral, consoante a dimensão objetiva. Usando as palavras de Canotilho, pode fiscalizar se os pressupostos materiais indispensáveis ao exercício do direito foram implementados pela Administração, se são eficientes e em qual grau tais pressupostos são efetivos.

Quanto aos direitos derivados a prestações, que exigem a intervenção do legislador, também os Tribunais de Contas têm papel único no sistema de controle.

Isso porque detêm conhecimento específico sobre a situação econômica e financeira do ente ou da entidade fiscalizada, de maneira que podem aferir a veracidade da possibilidade de eventual invocação da reserva do possível.

Por certo, é comum que em processos judiciais a Administração Pública sustente ser impossível o cumprimento de determinada obrigação relativa a direito fundamental prestacional em virtude da reserva do possível, sem, contudo, apresentar dados sobre a sua condição econômica e financeira.

A situação privilegiada do controle dos Tribunais de Contas pode, todavia, gerar três tipos de conclusões sobre a possibilidade de concretização do direito prestacional derivado: a) o controlado não tem condições suficientes para implementar os direitos derivados; b) o controlado tem condições suficientes para implementar os direitos derivados; c) o controlado teria condições suficientes para implementar os direitos derivados, desde que racionalizasse a sua atividade administrativa a partir de critérios de eficiência e economicidade, por exemplo.

Nessa lógica, detendo as informações necessárias para uma boa avaliação, os Tribunais de Contas possuem melhores instrumentos para não só efetivamente orientar ou determinar que determinados direitos derivados devem ser implementados pela Administração, em virtude da previsão constitucional, como para justificar por que determinado órgão ou ente não pode garantir determinado direito derivado. Em ambas as situações, a atuação das Cortes é válida para todos os cidadãos sujeitos à administração do órgão fiscalizado, ajudando na observância do princípio da igualdade.

Sendo assim, como o controle dos Tribunais de Contas também pode e deve ser exercido sobre o Legislativo, na presença de recursos suficientes para a implementação dos direitos derivados, também esses podem ser exigidos mediante inclusive expedição de determinação para que o legislador infraconstitucional cumpra a sua competência de entrega de direitos constitucionalmente previstos.

Conforme Eduardo García de Enterría, citado por Marco Maselli Gouvêa,

O controle da discricionariedade não consiste em que o juiz substitua o critério da administração por seu próprio critério subjetivo. Trata-se, entretanto, de penetrar na decisão tomada até encontrar uma explicação objetiva em que se expresse um princípio geral.<sup>269</sup>

*A contrario sensu*, quando a decisão (ou a omissão) do legislador ou do administrador não encontra fundamento num princípio geral, o controle está autorizado a atuar repressivamente. Admitido o sistema neoconstitucional, o controle deve exigir o cumprimento dos dispositivos constitucionais.

Isso porque o caráter normativo da Constituição implica, além da prevalência do Texto Maior na interpretação declarativa, o uso das normas constitucionais para fins integrativos, preenchendo “insuficiências dos textos legais aplicáveis”.<sup>270</sup>

Não basta, portanto, que o órgão ou a entidade invoque a reserva do possível ou a ausência de recursos para deixar de entregar direitos prestacionais. Precisa restar provado que efetivamente não há condições financeiras e econômicas de fazê-lo e que a atividade administrativa já desempenhada é eficiente, econômica, eficaz e operacional, não havendo desperdício de recursos que poderiam ser alocados para a entrega de novas prestações.

Como se vê, com um controle amplo da atividade administrativa, que é afeito às atribuições dos Tribunais de Contas, pode-se garantir maior efetividade à Constituição, afastando-se o perigo da constitucionalização simbólica.

Portanto, pode-se garantir não apenas a entrega do mínimo existencial, que já é defendida pela doutrina majoritária do direito constitucional, mas também, caso haja recursos, a entrega de todos os direitos garantidos pela Constituição.<sup>271</sup>

<sup>269</sup> GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 356.

<sup>270</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1983. p. 131. Tradução livre.

<sup>271</sup> Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève: “Se é certo que os prestacionais são direitos de eficácia progressiva, isso não significa dizer que possam ser considerados como meras normas de eficácia

Assim, a obrigação de entrega do mínimo existencial e a possibilidade de entrega de maiores prestações são controláveis mais facilmente por órgãos que possuam acesso mais amplo à administração e que possam avaliar de perto a sua situação.

A exigência de entrega de prestações para além do mínimo existencial encontra amparo no princípio da força normativa da Constituição, de maneira que, havendo previsão constitucional da entrega de determinado direito, sempre que a Administração possuir meios, estará obrigada a fazê-lo na maior extensão possível.

Conforme os ensinamentos de Thiago Lima Breus:

Utilizando-se dos mecanismos da proporcionalidade e da razoabilidade pode-se verificar se uma prestação do Estado, prestada por meio de uma política pública, é insuficiente e, portanto, correspondente a uma violação à Constituição, que deve ser reprimida. Isso porque os Direitos Fundamentais, ainda que submetidos a uma eficácia progressiva, exigem o cumprimento integral do seu âmbito de proteção, pelo que o seu amparo parcial deve ser objeto de questionamento, inclusive pelo Poder Judiciário.<sup>272</sup>

Outrossim, como avaliamos no capítulo anterior, a atividade administrativa e mesmo a existência do Estado hoje só se justificam a partir da entrega de prestações que correspondam a direitos de quaisquer gerações, de forma que não há como se conceber a existência de órgãos administrativos que não entreguem o máximo que são capazes.

Desse modo e conforme a lição de Daniel Wunder Hachem, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais “obriga a Administração Pública a interpretar os termos jurídicos indeterminados de modo a privilegiar os direitos fundamentais, maximizando a sua tutela”, diminuindo “as margens da discricionariedade das competências administrativas, circunscrevendo o círculo de escolhas legítimas da

---

diferida, programática, limitada. Certamente não. São direitos que produzem, pelo simples reconhecimento constitucional, uma eficácia mínima. Produzem, antes de tudo, uma eficácia negativa. Por isso constituem parâmetro de constitucionalidade, invalidando atos, inclusive normativos, posteriores e anteriores à Constituição (por inconstitucionalidade ou por revogação) quando contrastantes. (...) Ora, referidos direitos criam, desde logo, também, posições jurídico-subjetivas positivas de vantagem (embora limitadas). São posições que decorrem da incidência dos direitos em questão, mas, igualmente, da irradiação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Da confluência dos dois sustenta-se a obrigação do Estado consistente no respeito ao **mínimo existencial** (não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência).” (destaque no original). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003. p. 26-27.

<sup>272</sup> BREUS, Thiago Lima. *Op. cit.*, p. 222.

Administração àquelas que implementem de forma otimizada os direitos fundamentais”.<sup>273</sup>

Não é outra a concepção de Juarez Freitas, para quem a discricionariedade insuficiente é vício de arbitrariedade por omissão, vez que o administrador que não exerce a escolha administrativa ou o faz com inoperância e insuficiência desobedece aos deveres de prevenção e precaução.<sup>274</sup>

Em outros termos, nas hipóteses em que há dificuldade na implementação dos direitos prestacionais pela Administração, seja por ausência absoluta de implementação ou por inefetividade dos instrumentos disponibilizados aos cidadãos para a garantia do direito, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais também serve de parâmetro para o controle pelos Tribunais de Contas da atividade discricionária da Administração.

Nesse sentido, as auditorias operacionais servem de meio de aferição da efetividade, da eficiência, da economicidade e da eficácia da atividade administrativa, razão pela qual os espaços de discricionariedade deixados ao administrador para a implementação de direitos é plenamente controlável pelas Cortes de Contas.

Outrossim, atribui-se aos direitos fundamentais, incluídos, obviamente, os direitos prestacionais, a característica de serem pré-existentes à ordem positiva. Tal característica vem inclusive expressa na Constituição Federal de 1988, cujo artigo 5º, parágrafo 2º, reconhecendo a existência de outros direitos fundamentais não positivados, dispõe que os direitos e garantias expressos Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Conforme a lição de Marco Maselli Gouvêa:

Dizer que os direitos fundamentais preexistem à ordem positiva significa que a lei não os cria, mas antes os **reconhece**. Os direitos fundamentais são **declarados** pelo legislador; esta declaração não cria o direito, apenas o certifica, de tal modo que, mesmo não estando positivados, estes direitos devem ser observados e, se necessário, judicialmente concretizados.<sup>275</sup>  
(destaques no original)

<sup>273</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, f. 418.

<sup>274</sup> FREITAS, Juarez. *O controle...*, p. 371-372.

<sup>275</sup> GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 371.

Nessa perspectiva, a ausência de lei não pode ser invocada pelo administrador público para deixar de dar efetividade a direito constitucionalmente assegurado. Em outros termos, o princípio da legalidade não pode mais ser invocado para que o administrador deixe de dar cumprimento à norma constitucional.

Em vista disso, a discricionariedade do administrador público não pode mais ser mais vista em virtude necessariamente de uma brecha deixada pela lei ou a partir de uma ausência absoluta de normatividade sobre a matéria, que implicaria a correspondente ausência de parâmetros de controle da atividade discricionária.

No modelo neoconstitucional, o administrador público deve estar sempre atento à Constituição, de maneira que o espaço discricionário que lhe é deixado só pode ser preenchido de acordo com as normas constitucionais e sempre de modo a lhes garantir a maior força normativa possível, ainda que na inexistência de norma legal.

Não é outra a opinião de Daniel Wunder Hachem:

Reconhecer que a tutela dos direitos fundamentais pela via administrativa deve ser **efetiva**, proporcionada de modo espontâneo e integral, exige também admitir que a Administração permanece obrigada a agir em prol da satisfação desses direitos mesmo nos casos em que o legislador tenha sido omissor. O direito fundamental à tutela administrativa efetiva, portanto, reclama a atuação administrativa *praeter legem*, desde que observados alguns parâmetros que sejam capazes de impedir que a Administração, com base nesse raciocínio, comece a agir à ausência de lei e ao arrepio do ordenamento jurídico de maneira arbitrária. É imperativo deixar bem claro que “administração livre da lei não é Administração livre do Direito”.<sup>276</sup> (destaque no original)

É certo e objetivo, a respeito do tema, Juarez Freitas:

(...) tende a minuar a crença no mito da discricionariedade administrativa solta (substituída, a pouco e pouco, pela noção de **discricionariedade vinculada, motivada** e justificável racionalmente), sem sucumbir aos particularismos contrários à universalização, de sorte que toda discricionariedade (no plano dos mandamentos – *Tatbestand* – ou na eleição de consequências) está, por força da Constituição, direta e imediatamente vinculada aos princípios, objetivos e direitos fundamentais: daí se extrai a inaceitabilidade de discricionariedade pura ou inteiramente imune a controle, ainda que, no mais das vezes, desaconselhável a renovação de prognose do administrador.<sup>277</sup> (destaque no original)

<sup>276</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, f. 425.

<sup>277</sup> FREITAS, Juarez. *O controle...*, p. 41.

Diante da inexistência da lei, contudo, o controle a ser realizado pelos Tribunais de Contas também não pode exceder os critérios de fiscalização dados pela própria Constituição. Ou seja, quando o administrador, diante da omissão legislativa, toma uma decisão embasada no interesse público, o controle que incide sobre ela só poderá estar baseado na própria Constituição. Logo, “o administrador só há de buscar no direito os limites negativos da sua decisão”<sup>278</sup>, não podendo a Corte de Contas pretender escolher qual seria a decisão a ser tomada, se mais de uma era juridicamente cabível.<sup>279</sup>

Admitido o entendimento exposto, pode-se afirmar, em conclusão, que os Tribunais de Contas estão autorizados a controlar a gestão pública e as políticas públicas adotadas pelos entes e entidades submetidos à sua fiscalização para a implementação de direitos constitucionais.

E o campo das políticas públicas é, por sua vez, o *locus* por excelência da incidência da discricionariedade, seja ela legislativa ou administrativa.<sup>280</sup> Portanto, quando a política pública controlada é responsável pela efetivação de um direito fundamental, o controle da sua operacionalidade é uma questão que deve ser tratada com prioridade pelos Tribunais de Contas.

#### 4.4.2.3 Releitura neoconstitucional do controle realizado pelos Tribunais de Contas e implicações para questões tradicionais afetas à discricionariedade

Já indicado que os Tribunais de Contas podem controlar a discricionariedade dos administradores públicos de acordo com preceitos neoconstitucionais, cabe explicitar de qual maneira temas clássicos debatidos em conjunto com o instituto da discricionariedade são atingidos.

Neste item, portanto, propomo-nos a tratar dos conceitos indeterminados, da discricionariedade técnica e da teoria da univocidade da decisão proferida em âmbito discricionário.

---

<sup>278</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Op. cit.*, p. 110. Tradução livre.

<sup>279</sup> Ver item 4.4.2.3.

<sup>280</sup> GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 327.

Apesar de se tratar de institutos diversos, os conceitos indeterminados utilizados na norma jurídica podem levar o aplicador-intérprete da norma a aferir que a imprecisão ou a abertura da linguagem gera um espaço de atuação discricionária. Segundo a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

A questão da indeterminação dos conceitos se situa normalmente na imprecisão das palavras sob o aspecto linguístico, mas não se pode afastar a contextualidade da linguagem. Resulta daí que pode haver a indeterminação decorrente da **incerteza condicionada pela imprecisão da linguagem** e a oriunda da **incerteza de avaliação da situação concreta**. Seja qual for a hipótese, porém, cabe ao intérprete buscar qual o sentido exato ou mais próximo à exatidão do conceito previsto na norma.<sup>281</sup> (destaques no original)

Ou seja, os conceitos utilizados pela norma jurídica podem ser vagos, fluidos os imprecisos, de maneira que a sua concretização é deixada pela norma para o seu intérprete-aplicador, que, diante de uma situação real, deverá substancializar o conceito normativo.

Nesses casos, portanto, há uma zona de incerteza ou zona cinzenta, em que há dúvida sobre o cabimento de conceitos como “interesse público”, “notável saber”, “urgência”, “tranquilidade pública” etc. diante do caso concreto.

Miguel Sánchez Morón, fazendo estudo comparado sobre o tema da discricionariedade administrativa e controle judicial, ensina-nos que foi na doutrina alemã que se desenvolveu a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, a partir da polêmica entre E. Bernatzik e F. Tezner.<sup>282</sup>

Enquanto Bernatzik entendia que a concretização dos conceitos não era controlável judicialmente, já que a operação decorreria de uma faculdade dada à Administração de “adotar uma decisão conforme suas próprias valorações técnicas”, Tezner, por sua vez, entendia que a concretização era sim controlável, pois a “atribuição de potestades não significava uma potestade administrativa de concreção do conteúdo da norma, já que todo o problema reside na possibilidade objetiva de precisar o seu sentido para o caso concreto.”<sup>283</sup>

<sup>281</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Discricionariedade: Análise do seu Delineamento Jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-42. p. 27.

<sup>282</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Op. cit.*, p. 52-53. Tradução livre.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 53. Tradução livre.



Apesar de a tese de Tezner ter se sagrado vencedora nos Tribunais,<sup>284</sup> a doutrina continuou seu trabalho de estudo da questão, diferenciando o núcleo fixo dos conceitos indeterminados ou a chamada zona de certeza, em que os dados são prévios e seguros, da chamada zona de incerteza e da zona de incerteza negativa, caracterizada a última por não haver dúvidas sobre a hipótese de inaplicabilidade do conceito. A dificuldade do tema restringiu-se, então, à chamada zona de incerteza.<sup>285</sup>

A partir disso, a doutrina alemã passou a reconhecer que à Administração permanecia concedida uma margem de apreciação livre de controle judicial diante dos conceitos indeterminados, em virtude não só da dificuldade de se controlar a concretização nos casos empíricos (“conceitos empíricos”), mas também em virtude da existência de situações em que aplicação-interpretação do conceito implica uma apreciação subjetiva de valor (“conceitos normativos”), que, obviamente, estava a cargo da Administração.<sup>286</sup>

Essa discussão tem consequências práticas, como a de decidir se a concretização dos conceitos indeterminados é controlável ou não e, em sendo controlável, se determina a chegada a apenas uma solução correta ou se a Administração pode adotar a solução que mais lhe parecer conveniente (ver mais abaixo, sobre a teoria da univocidade).

Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece que os conceitos jurídicos indeterminados podem levar a um caso de discricionariedade se houver dúvidas quanto ao cabimento dos conceitos usados pela regra:

Seria equivocado supor que não se propõe questão de discricionariedade ante o tema dos conceitos vagos, *sub color* de que apreender-lhes o sentido é operação mental puramente **interpretativa** da lei, logo, ato da alçada do Judiciário, por ser mera inteligência da lei, algo, pois, absolutamente distinto do ato de volição (único que traduziria discricionariedade) consistente em fazer uma **opção administrativa de mérito, segundo critérios de conveniência e oportunidade**, por um dentre dois ou mais comportamentos igualmente ensejados pela norma aplicanda.<sup>287</sup> (destaques no original)

<sup>284</sup> *Ibidem*, p. 51. Tradução livre.

<sup>285</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>286</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Op. cit.*, p. 53-54. Tradução livre.

<sup>287</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional...*, p. 24.

Outro, contudo, é o entendimento de Rita Tourinho, para quem

(...) deparando-se com conceitos jurídicos indeterminados caberá apreender-lhes o sentido através de operação interpretativa, consistente em mera intelecção da lei, ao contrário da discricionariedade que permite uma opção administrativa volitiva, observados limites normativos. A indeterminação dos conceitos jurídicos somente concerne ao seu enunciado e não à sua aplicação, que permite, em princípio, uma única solução justa, verificados critérios de tempo e espaço. Diferentemente, na discricionariedade brinda-se um conjunto opcional de soluções, devendo ser escolhida aquela que melhor convenha ao fim que recomenda o ordenamento jurídico.<sup>288</sup>

Quanto às normas garantidoras de direitos fundamentais prestacionais, a concretização de conceitos vagos e amplos deve levar em conta a aplicabilidade imediata de tais preceitos, a efetividade do direito e a supremacia da Constituição. Nesse sentido também deve se orientar o controle realizado pelos Tribunais de Contas.

Partindo-se dessa conclusão, não podemos ignorar a força dos argumentos para admitir que outra seria a solução cabível diante de outras atividades administrativas que não estejam diretamente ligadas à implementação de direitos fundamentais prestacionais.

Deveras, o controle realizado pelas Cortes de Contas deve estar sempre atento à Constituição, garantindo-lhe sempre a maior efetividade possível.

Não se afirma, com isso, que a discricionariedade do administrador estaria reduzida a zero nas hipóteses de aplicação de conceitos indeterminados, mas que, mesmo diante de leis compostas por palavras vagas e fluidas, não se poderá atribuir concretização aos conceitos sem levar em conta os preceitos constitucionais.

Efetivamente, a operação interpretativa cabível à Administração e aos seus controladores diante de conceito indeterminado não deve levar à conclusão imediata de que não há espaço para elementos volitivos, dado que a teoria da interpretação tem avançado para demonstrar que a interpretação sempre é marcada por aspectos subjetivos.

Havendo discricionariedade para a Administração, contudo, o controle dos Tribunais de Contas poderá incidir na forma de avaliação sobre se a solução adotada estava em conformidade com os parâmetros constitucionais.

<sup>288</sup> TOURINHO, Rita. A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 91-160. p. 105.

Além do mais, as Cortes de Contas também têm instrumentos para aferir se a decisão da Administração realmente era capaz de cumprir com eficiência, efetividade, economicidade, eficácia e legitimidade as normas constitucionais pertinentes, ou se eventual invocação da Constituição se deu apenas de modo formal.

Concluindo-se, portanto, que a discricionariedade na concretização dos conceitos indeterminados está delimitada, inclusive para fins de controle, pela supremacia da Constituição, aferiremos de que forma o neoconstitucionalismo propõe o controle da chamada discricionariedade técnica.

O tema da discricionariedade técnica foi mais bem desenvolvido pelos autores italianos, que, distinguindo a discricionariedade administrativa pura da discricionariedade técnica, separam aquelas situações em que à Administração é facultada a escolha entre várias opções juridicamente cabíveis daqueles casos “em que deve buscar a solução apropriada em função de critérios ou conceitos formulados pela lei, que requerem para a sua aplicação uma valoração mais ou menos complexa”<sup>289</sup>, respectivamente.

Renato Alessi diferencia as hipóteses em que há discricionariedade técnica pura das que os conceitos técnicos estão relacionados a critérios administrativos.<sup>290</sup>

Destarte, seria meramente técnica a discricionariedade em que a Administração não precisa fazer juízo algum de valor quanto à afetação que o fato causa ao interesse público, devendo sempre decidir de acordo com a lei. Alessi identifica dois tipos de situação em que isso pode ocorrer:

- a) quando se trata de comprovar a existência de uma condição de fato consistente em uma qualidade ou atributo de natureza técnica, sem que depois se conceda à Administração pública a possibilidade de valorar a medida de relação com o interesse público. Assim ocorre, por exemplo, no caso do sacrifício de animais atacados de enfermidades infecciosas (...);
- b) (...) nos casos em que a atividade administrativa deve se desenvolver mediante meios técnicos (...), para tudo aquilo que não se refira à eleição do meio. Com efeito, uma vez esgotada a fase de eleição do meio, questão esta que é ao mesmo tempo técnica e administrativa, (...) e ao entrar na fase de emprego do meio técnico eleito, as questões que se apresentam serão já de natureza meramente técnica (...).<sup>291</sup>

<sup>289</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Op. cit.*, p. 58-59. Tradução livre.

<sup>290</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. p. 195-200.

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 198. Tradução livre.

O tema da discricionariedade técnica tem ganhado importância em virtude dos avanços do setor tecnológico, uma vez que algumas atividades que devem ser desempenhadas pela Administração possuem alto grau de complexidade e de celeridade evolutiva, de maneira que a normatização pelo Legislativo é desaconselhável. Em consequência, é muito comum que os níveis mais detalhados dessas normatizações sejam repassados à própria Administração, por meio da “deslegalização”.<sup>292</sup>

A existência de verdadeira discricionariedade na discricionariedade técnica, portanto, depende, por óbvio, de haver um espaço deixado à Administração a partir dos critérios técnicos, que podem estar contidos numa norma ou numa avaliação feita por algum técnico.

As áreas de alta complexidade técnica que demandam atuação da Administração, como energia, saneamento e saúde, por exemplo, em geral são bastante críticas para o controle do Judiciário, em virtude justamente da sua natureza específica.

Aqui, podem ser aproveitadas as considerações feitas quando da investigação do tema dos conceitos indeterminados, pois a discricionariedade técnica também deve ser limitada pelos preceitos constitucionais, devendo servir para a máxima concretização das regras e princípios fundamentais.

Dessa maneira, nas ocorrências em que a própria Administração regulamenta as áreas técnicas de sua atuação, não pode descuidar de que a sua função primordial é garantir os direitos dos indivíduos, assegurando, assim, a sua própria legitimidade.

Não pode, portanto, invocando critérios técnicos e de difícil compreensão para os leigos, expedir normas e estabelecer obrigações que não estejam em consonância com os princípios constitucionais.

Do mesmo modo, quando está decidindo com fundamento em critérios técnicos, não pode ocultar atrás da linguagem técnica implicações gravosas aos indivíduos sem que tenha fundamentos para isso.

O âmbito da discricionariedade técnica é de grande complexidade e enseja grandes dificuldades de controle.

---

<sup>292</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 33-34.

Novamente, contudo, vislumbra-se nos Tribunais de Contas uma possibilidade de controle crítico da atividade técnica da Administração, dado que tais órgãos são compostos por técnicos e profissionais de várias áreas, que possuem maior capacidade para a avaliação das decisões tomadas pelos administradores públicos.

Por outro lado, a adoção de certas decisões gravosas aos indivíduos em sede de discricionariedade técnica deve igualmente ser examinada com base em critérios eminentemente técnicos, para que se possa avaliar a sua necessidade.

O exame da razoabilidade e da proporcionalidade das medidas da Administração pode, obviamente, ser feito por outros órgãos do sistema de controle brasileiro, mas as Cortes de Contas possuem papel privilegiado quando se trata de avaliação da discricionariedade técnica, em virtude da sua capacidade de especialização quanto às matérias.

Por fim, resta abordarmos a teoria da univocidade da discricionariedade, já tangenciada em alguns momentos da discussão.

A questão nasceu com a já referida discussão entre Bernatzik e Tezner. Como visto, Bernatzik entendia que os conceitos indeterminados dependiam de concretização pela Administração a partir da aplicação de juízos de valor, de forma que, na interpretação de tais conceitos, seriam possíveis várias decisões certas. Já Tezner, ao entender que a concretização da norma composta por conceitos indeterminados é uma operação objetiva, afirmava que o exercício de atividade em âmbito discricionário só poderia chegar a uma solução correta.<sup>293</sup>

Assim, Bernatzik fundou a teoria da multivalência e Tezner, a da univocidade na discricionariedade.

A questão até hoje é polêmica e divide opiniões. Celso Antônio Bandeira de Mello, partidário da teoria da univocidade, declara que “o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra,” mas “aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.”<sup>294</sup>

---

<sup>293</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 43-77, 2005. p. 68.

<sup>294</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional...*, p. 24.

Morón, por sua vez, ao apreciar a questão dos conceitos jurídicos indeterminados, afirma que a ideia de que a aplicação de um conceito indeterminado só pode gerar uma solução verdadeira e justa apoia-se

(...) em um conceito transcendental de Justiça (e de Verdade) e em uma fé absoluta nas possibilidades do discernimento humano, idealismo do qual não é fácil compartilhar. (...) Basta constatar que na maioria dos casos o resultado a que pode levar a aplicação de um conceito indeterminado – tanto mais quanto mais abstrato for, e há os de enorme grau de abstração – é questão suscetível de uma pluralidade de opiniões sustentáveis com argumentos lógicos e razoáveis, que desbordam da pura interpretação jurídica para se estender a juízos técnicos ou a puras valorações fáticas. (...) A solução justa poderá ser, se se quiser, única no plano da filosofia pura, mas na maioria dos casos não existirá unanimidade na busca dessa solução, nem poderá lograr-se por meio de processos discursivos ou probatórios.<sup>295</sup>

Portanto, em última instância, caberia à própria Administração Pública indicar, no caso concreto, qual é a solução a ser adotada. Adotada uma dentre as várias opções cabíveis, tal juízo de apreciação não poderia ser revisto, pois a própria existência da discricionariedade pressupõe que a apreciação deve ser feita pelo administrador.

Também é adepto da teoria da univocidade José Eduardo Martins Cardozo, que sustenta que, havendo uma “melhor alternativa”, todas as demais não seriam cabíveis no espaço de discricionariedade da Administração, que tem o dever jurídico de satisfazer o interesse público tutelado pela lei. Logo, como o interesse público não poderia ser satisfeito com a adoção de uma solução se existisse outra melhor, não há de se falar em verdadeira discricionariedade.<sup>296</sup>

Interessante anotar, por último, a concepção de Rita Tourinho, que, justificando a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a discricionariedade administrativa de acordo com os princípios jurídicos, afirma que “a liberdade de escolher uma alternativa entre várias possibilidades igualmente justas não configura independência, e sim uma atividade que se desenvolve dentro do marco do ordenamento jurídico”. Para ela, reservar a discricionariedade à apreciação apenas da Administração “implica outorgar a esta um formidável privilégio em detrimento dos

<sup>295</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Op. cit.*, p. 118-119. Tradução livre.

<sup>296</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. *Op. cit.*, p. 51.

particulares, que ficarão indefesos e inertes frente às injustiças que, em toda parte do mundo, são cometidas e cometem os agentes públicos.”<sup>297</sup>

Fica evidente que a opção pela teoria da multivalência ou pela teoria da univocidade decorre de um juízo político, senão mesmo ideológico.<sup>298</sup>

Com efeito, reconhecer que, diante de várias soluções possíveis, o administrador público *pode* optar por uma dentre elas, exige que o intérprete reconheça não apenas que essa opção, independentemente de qual seja, é válida, mas que também os órgãos de controle não poderão questioná-la.

Aqui, então, a apreciação da questão com base no neoconstitucionalismo exige saber qual é a função da atividade de controle.

Ora, não só os órgãos de controle estão obrigados a atuar em conformidade com a Constituição, mas também obviamente a própria Administração.

Assim sendo, se a Administração, no exercício do seu poder-dever discricionário, age em acordo com a Constituição, não há razão para que os órgãos de controle questionem os seus atos.

Consoante Morón:

Em caso de dúvida razoável a aplicação do conceito jurídico indeterminado pela Administração deve ser reputada lícita, sem que possa o juiz contencioso-administrativo substituir os critérios valorativos da Administração pelos seus próprios, vez que o ordenamento não conferiu a potestade discricionária aos órgãos judiciais, incluindo nessa potestade a de valorar as situações fáticas opináveis segundo seu saber e entender.<sup>299</sup>

Verificamos que o controle neoconstitucional pressupõe confiança no administrador público, para que ele não se veja paralisado pelo medo do controle. Sendo assim, se houver mais de uma opção possível para o administrador escolher diante de um caso concreto, tem ele liberdade para escolher a que for mais oportuna e conveniente, segundo o seu juízo político, sem que o Tribunal de Contas ou outro órgão de controle possa questioná-lo.

<sup>297</sup> TOURINHO, Rita. *Op. cit.*, p. 160.

<sup>298</sup> Segundo Fernando Dias Menezes de Almeida, o parâmetro da melhor decisão é utilizado no Brasil pelos adeptos da vertente estatizante da teoria do direito administrativo, que veem no interesse público o critério principal de controle da atividade administrativa pelo Judiciário. Por outro lado, afastando-se dessa vertente, os adeptos da vertente liberal da teoria do direito administrativo tendem a valorizar a decisão do legislador ou do constituinte, de modo que a lei e a Constituição seriam os principais critérios de controle da atividade administrativa. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Op. cit.*, p. 342-348.

<sup>299</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Op. cit.*, p. 120. Tradução livre.

Nessa lógica, não se pode partir, ao menos juridicamente falando, de uma prevenção *a priori* contra a Administração, presumindo-se que sempre atue mal, de modo que seja necessário reduzir os seus poderes ao máximo. O sistema de controle, então, deve agir para evitar e reprimir malversações e ineficiências, mas não para retirar o poder legitimamente deixado ao administrador.<sup>300</sup> Outrossim, como bem nos adverte Juarez Freitas, o controle do ótimo gera um excesso paralisante de controle.<sup>301</sup>

Obviamente, se houver uma opção mais eficiente, eficaz, efetiva, econômica ou legítima do que outra, não há verdadeira discricionariedade, de modo que, aí sim, o controle das Cortes de Contas poderá incidir. Realmente, a discricionariedade, a partir dessa percepção, só existirá onde realmente o administrador possuir mais de uma opção possível para dar atendimento, com graus equivalentes de eficiência, eficácia, efetividade, economia e legitimidade, ao interesse público e aos direitos dos indivíduos.

Nesse mesmo sentido, o controle principiológico geral, incidente sobre a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, entre outros, da atividade administrativa, também pode ser realizado pelos Tribunais de Contas, em decorrência igualmente da supremacia da Constituição, que alberga expressa ou implicitamente os princípios que compõem o regime jurídico administrativo. Do mesmo modo, se houver, por exemplo, outra opção dentro do âmbito de discricionariedade do administrador que atenda a tais princípios de melhor maneira, o controle também deve incidir de modo a indicar a adoção da outra solução.

Ainda nesse sentido, identifica-se que a teoria da univocidade representa uma forma de se garantir que a decisão administrativa possa ser controlada de modo detalhado, pois preconiza que a atividade administrativa só é válida ou legítima quando cumpre fielmente com a lei, de modo pleno, perfeito e profundo, e não se apenas cumprir minimamente com o interesse público legal.<sup>302</sup>

---

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>301</sup> FREITAS, Juarez. *O controle...*, p. 373.

<sup>302</sup> ALESSI, Renato. *Op. cit.*, p. 192-193. Interessante anotar que a teoria da univocidade é adotada na Itália juntamente com a ampla possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos. Entretanto, como naquele país há previsão de que alguns atos não podem ser submetidos à apreciação judicial, a ideia de intangibilidade do mérito administrativo é uma questão tipicamente



Essa questão remete-nos a outra, aproximada. Tendo a Administração possibilidade de escolher qualquer uma das soluções que estão dentro do seu âmbito de discricionariedade e podendo os Tribunais de Contas controlar, inclusive quanto à legitimidade, quais são as efetivas opções que estão dentro desse âmbito, isso poderia representar a possibilidade de tais Cortes controlarem o mérito do ato administrativo?

Averiguamos que a legitimidade é um atributo do poder do Estado que lhe proporciona obediência em virtude da existência de um consenso social sobre a sua necessidade e utilidade.

Por outro lado, vimos também que a discricionariedade pode gerar várias soluções possíveis, sem que processos discursivos ou probatórios possam reconduzi-la sempre a uma única alternativa possível. Em nosso entendimento, se, diante do caso concreto, apenas uma solução era possível diante do panorama neoconstitucional, verdadeira discricionariedade não havia.

Isso porque a existência da discricionariedade só pode ser aferida no momento de exercício da competência pelo agente. Conforme a lição de Luiz Alberto Blanchet, na “norma, enquanto ainda em tese, na etapa em que é extraída de sua fonte, a discricionariedade existe apenas potencialmente”, sendo que, no “momento de sua aplicação ao caso concreto, ela será muito menor do que parecia ser na norma e, muitas vezes, pode mesmo desaparecer totalmente.”<sup>303</sup>

A doutrina costuma ser bastante refratária à possibilidade de o Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo.<sup>304</sup> Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, algumas vozes se ergueram pela possibilidade de os Tribunais de Contas passarem a controlar o mérito da atividade administrativa.

Já trouxemos, a respeito, a opinião de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi:

---

abordada pela doutrina italiana, deixando nítida a separação do tipo de controle (máximo ou inexistente) que pode incidir sobre cada matéria.

<sup>303</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. Desenvolvimento e sustentabilidade... Acesso em: 01 fev. 2016.

<sup>304</sup> Por todos, ver o ensinamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro: “Na realidade, não se pode negar a veracidade da afirmação de que ao Judiciário é vedado controlar o mérito, o aspecto político do ato administrativo, que abrange, sinteticamente, os aspectos de oportunidade e conveniência. O que não é aceitável é usar-se o vocábulo *mérito* como escudo à atuação judicial em casos que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativas. É necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito.” *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 130.

(...) os sistemas de controle interno e externo são constitucionalmente obrigados à perquisição “contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial”, em todos os aspectos atinentes à “legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”; portanto, foi adotado o critério de **análise global de mérito**, no controle interno e externo do Brasil, com abrangência dos efeitos administrativos, formais e materiais, *a posteriori*, dos atos e atividades da Administração Pública.<sup>305</sup> (destaque no original)

A tese também foi suscitada por Carlos Mário Veloso, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988.<sup>306</sup>

Mesmo com relação à atividade de controle desenvolvida pelo Judiciário, alguns autores defendem que há sim possibilidade de controle do mérito da atividade administrativa, diante da submissão aos princípios administrativos, que ensejaria “o controle principiológico da discricionariedade”,<sup>307</sup> e diante do alargamento do controle da legalidade, que passou a atingir princípios como a eficiência e a moralidade.<sup>308</sup>

Apesar de o argumento ser verdadeiro, respeitosamente não compartilhamos da conclusão apresentada, pois não há de se confundir controle de mérito com controle principiológico.

Ainda que não tenhamos como negar a possibilidade de controle principiológico da discricionariedade, isso não quer dizer que haja efetivo controle do mérito da atividade administrativa. Ainda que o Poder Judiciário possa controlar a atuação da Administração Pública de acordo com princípios como a legalidade, a razoabilidade e a eficiência, não há possibilidade de ele questionar a conveniência e a oportunidade da atividade administrativa.

Isso assim se dá porque não só não possui a mesma legitimidade representativa que os governantes, mas também por outro motivo bem contemplado por Morón:

Mas extremar o controle judicial consubstancia o risco de substituir decisões de autoridades democraticamente eleitas (direta ou indiretamente) ou de

<sup>305</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Op. cit.*, p. 172.

<sup>306</sup> PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira. O controle de mérito. In: *Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil*, 15., 1989, São Paulo. Os Tribunais de Contas e as novas normas constitucionais, v. 2, São Paulo, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 1989, p. 85-98. p. 85.

<sup>307</sup> TOURINHO, Rita. *Op. cit.*, p. 92.

<sup>308</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Op. cit.*, p. 341.

órgãos delas dependentes por decisões (que também poderiam ser erradas) de autoridades que carecem de representatividade, ainda que não careçam de outro tipo de legitimidade constitucional para o exercício das suas funções. **Por outro lado, surge a dúvida, mormente no caso de decisões complexas (...), de se todos os elementos que as explicam são adequadamente reproduzíveis no processo, de maneira que possam ajuizar-se com pleno conhecimento de causa (...).**<sup>309</sup> (destaque nosso)

Nesse sentido, a possibilidade de controle do mérito do ato resta mitigada não só por uma questão de representatividade, mas também por uma questão fática, que é a dificuldade concreta de reconstrução, no processo de controle, das variáveis a que o gestor estava submetido no momento da decisão.

Desse modo, como no momento do controle a situação concreta pode não ser mais reproduzível, avaliar a atividade administrativa a partir de outros pressupostos e de outra realidade seria ilógico e injusto.

Outra é a situação do controle principiológico, pois o conteúdo dos princípios não costuma ser alterado de maneira tão radical como a própria realidade entre a efetiva realização da atividade e o momento de controle.

Desse modo, controle principiológico não pode ser entendido como controle de mérito.

Não é outro o entendimento de Luiz Alberto Blanchet:

A questão que espontaneamente se infunde, é a pertinente aos efeitos que sobre a discricionariedade produziu em nosso direito a inclusão dos princípios jurídico-administrativos em normas constitucionais. Esta operação, não há como negar, veio restringir um pouco mais o contorno do fenômeno discricionário, pois o exercício legal da discricionariedade praticada imoralmente, por exemplo, já não mais se opera apenas em diametral inobservância de um princípio, mas ao arpejo de mandamento constitucional.

(...)

Os princípios jurídicos portanto, norteiam, condicionam e limitam o exercício da discricionariedade, exercendo sua influência predominantemente sobre a “vontade da Administração”. Assim, no exercício da discricionariedade, os princípios norteiam a elaboração da “vontade”, determinam-lhe a substância e a natureza e condicionam a sua manifestação e consequente execução. E ao definir a “vontade da administração”, o sistema de princípio aplicáveis automaticamente delineia o contorno da subjetividade necessária e juridicamente admissível no exercício discricionário.<sup>310</sup>

<sup>309</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Op. cit.*, p. 15. Tradução livre.

<sup>310</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. *Discricionariedade Administrativa...*, p. 37-43.

Assim, a atenção aos princípios jurídico-administrativos no momento do exercício da competência administrativa representa o estreitamento das opções deixadas ao administrador quando ele está diante de uma norma potencialmente discricionária.

Se, eventualmente, no momento de controle, é encontrada alguma violação a princípio, isso não significa a ocorrência de controle de mérito da atividade administrativa, mas de legalidade-juridicidade, pois o administrador escolheu uma solução que não estava abrangida pelo âmbito discricionário, vez que aceitamos a definição de que a discricionariedade é a margem de liberdade que remanesce ao administrador segundo critérios estipulados pela própria lei. De outro modo, se a discricionariedade só existe nos limites legais, aquilo que desborda da lei escapa ao âmbito discricionário, de modo que, admitindo-se que só há mérito na atividade discricionária, o controle principiológico não pode ser de mérito.

Ora, se a opção escolhida nem estava dentre as disponíveis à discricionariedade do administrador, o controle é jurídico e não político, não se fazendo sobre a oportunidade e a conveniência da atividade.

Não se pode afirmar, portanto, que há controle de mérito apenas em virtude da indubitável existência de controle principiológico. Entretanto, isso não extingue a questão, pois pode haver controle de mérito em virtude de outras questões.

Já indicamos que a legitimidade, critério de controle que os Tribunais de Contas devem utilizar em suas atividades, está ligada a elementos políticos da decisão administrativa.<sup>311</sup>

Se a conveniência e a oportunidade compõem o mérito, que é o elemento político da atividade administrativa, pode-se concluir que o controle de legitimidade representa, em última instância e conforme nos indica Héctor Jorge Escola, o controle do mérito da atividade administrativa, de maneira que as Cortes de Contas podem questionar a oportunidade e a conveniência dos atos da Administração.<sup>312</sup>

Ocorre, todavia, que a conveniência e a oportunidade não são conceitos unívocos ou de fácil apreciação, de forma que também podemos afirmar que há atividades claramente convenientes e oportunas e claramente atividades

---

<sup>311</sup> O conceito de legitimidade que estamos utilizando para fins desta dissertação, conforme vimos, não é o mesmo usado pela doutrina italiana, que equipara a legitimidade à legalidade, diferenciando ambas do mérito.

<sup>312</sup> Segundo Escola, a atividade de controle de legitimidade representa a averiguação da conformidade entre os atos controlados e a ordem normativa, “como a sua oportunidade, conveniência e mérito.” In: ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Volumen I..., p. 41. Tradução livre.

inconvenientes e inoportunas, existindo, ainda, outras atividades em que há dúvida sobre a sua conveniência e oportunidade.

Portanto, toda vez que a ação for indubitavelmente inconveniente ou inoportuna, poderá haver, sem dúvidas, controle de legitimidade da atividade.

Não é outro o entendimento de Moreira Neto:

Ora, se são essas definições, de conveniência e de oportunidade, que vão compor o **mérito** do ato administrativo, a discricionariedade exsurge como **meio** para que essa função possa ser exercida pela Administração.

Conotando-se, assim, os dois conceitos, sob essa óptica **instrumental**, a **discricionariedade é uma técnica jurídica desenvolvida para permitir que a ação administrativa precise um conteúdo de oportunidade e conveniência que se produza o mérito suficiente e adequado para que se satisfaça um interesse público específico, estabelecido como sua finalidade na norma legal.**

Em outros e sucintos termos, a **discricionariedade é uma técnica e o mérito, o resultado.**

Ambos se relacionam com a legitimidade: a **discricionariedade** a definirá nos seus aspectos residuais e o **mérito** a conterá.<sup>313</sup> (destaques no original)

Nessa lógica, e sopesando que a legitimidade – enquanto característica do poder do Estado que o sustenta em virtude da existência de consensos sociais – só pode estar ligada ao interesse público, o controle de legitimidade, em última instância, é um controle da leitura do interesse público.

Quanto aos atos em que a inconveniência e a inoportunidade não são evidentes, o controle deve ser realizado com maior cuidado, exigindo maior motivação e demonstração argumentativa quanto aos fatores políticos existentes, do que, ademais, os Tribunais de Contas podem se incumbir com relativa facilidade, como se verá no item abaixo.

Com efeito, o ato que não atende ao interesse público não é um bom ato. Nesse sentido, o ato inconveniente ou inoportuno não atende à finalidade comum de toda atividade administrativa, que é o interesse público:

A função de bem administrar, demandando o preenchimento da dupla dimensão do mérito, só estará, portanto, satisfeita, nos limites das possíveis soluções concretas que efetivamente cumpram aquele dever.

Esses limites se referem, consequentemente, à dupla dimensão do mérito: oportunidade e conveniência.<sup>314</sup>

<sup>313</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade...*, p. 32.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 34-35.

Por outro lado, o mérito não deixa de estar adstrito aos limites legais. Como legitimidade e legalidade estão intrinsecamente ligadas, pois esta não é nada mais do que a positivação parcial daquela, aquilo que desbordar da legitimidade acarretará um vício mesmo de legalidade, o que também está plenamente dentro do âmbito de controle dos Tribunais de Contas.

Nesse sentido, Moreira Neto indica que, para ser oportuno, o motivo do ato (pressuposto de fato e de direito) deve ser existente, suficiente, adequado, compatível e proporcional. Para ser conveniente, o objeto do ato (resultado jurídico visado) deve ser possível, conforme e eficiente.<sup>315-316</sup>

Sendo assim, quando falta uma dessas características, os Tribunais de Contas podem realizar controle de mérito, que, em última análise, nada mais é do que um controle de legitimidade.<sup>317</sup>

Segundo Héctor Escola, “não se pode aceitar que existam atos convenientes que sejam ilegítimos, nem tampouco interessa que se produzam atos legítimos, mas inconvenientes ou inoportunos.”<sup>318</sup>

O controle de legitimidade, contudo, só torna possível questionar os atos ilegítimos, não se podendo exigir a adoção de determinado ato legítimo em desfavor de outro ato igualmente legítimo. Dessa forma, a adoção da teoria da multivalência permite apenas a possibilidade de controle de “demérito”, pois, dentro do universo de opções convenientes, oportunas e legítimas, não há possibilidade de controle de mérito.

Logo, o controle de mérito admitido é, no máximo, controle de “demérito”, pois a atuação oportuna e conveniente não pode ser questionada.

Por outro ângulo, o controle de legitimidade a ser realizado pelos Tribunais de Contas não encontra os mesmos óbices que o controle principiológico para ser

---

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 42-57.

<sup>316</sup> Moreira Neto entende que a adequação e a proporcionalidade, quanto ao motivo, e a eficiência, quanto ao resultado jurídico, referem-se ao mérito do ato administrativo. Indicamos, contudo, nas explicações precedentes deste tópico, que entendemos que o controle principiológico, por seu caráter jurídico, não se refere ao mérito do ato administrativo, desbordando do próprio âmbito discricionário.

<sup>317</sup> Ao Judiciário, todavia, a Constituição Federal não atribuiu competência para controle de legitimidade.

<sup>318</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Volumen II. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 1169. Tradução livre.

considerado controle de mérito, pois a legitimidade da atuação dessas instituições para realizar esse tipo de controle advém da própria Constituição Federal.

Ainda, a reconstrução das variáveis presentes no momento do exercício do dever discricionário é mais facilmente realizada pelas Cortes de Contas, que contam com um maior número de informações sobre a situação da Administração na época. Por óbvio, quanto maior for a dificuldade nessa reconstrução, maior deve ser o cuidado no momento do controle. A dificuldade da reconstrução, todavia, não impede que em alguns casos possa haver efetivo controle de mérito, como autorizado pela própria Constituição.

#### 4.4.3 O controle do Tribunal de Contas como locus por excelência do controle da discricionariedade administrativa

Neste item, faremos uma incursão sobre dois dos principais protagonistas do sistema brasileiro de controle, o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas.

Já indicado que esta dissertação tem como objetivo principal examinar a atividade de controle dos Tribunais de Contas, devemos perquirir de que modo as atribuições dessas instituições se relacionam com o controle realizado pelo Poder Judiciário, em virtude da possibilidade de ocorrência de dissonâncias e de sobreposições de atividades.

##### 4.4.3.1 A posição do Poder Judiciário dentro do sistema de controle desenhado pela Constituição Federal

Debatidos os termos pelos quais o neoconstitucionalismo sugere que o controle seja exercido pelos Tribunais de Contas, resta fazer um comparativo entre o controle exercido por esses órgãos e o realizado pelo Judiciário.

O controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário é garantido pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, erigindo tal garantia à posição de garantia fundamental.

Nesse sentido, toda vez que a Administração Pública lesar ou ameaçar lesar direito, o Poder Judiciário poderá ser chamado a apreciar a situação, controlando a atividade administrativa.

Apesar de o dispositivo constitucional parecer simples, ele muitas vezes entra em conflito, na prática, com outra cláusula pétrea, a da separação dos poderes. Com efeito, a Constituição Federal confere ao Poder Judiciário a possibilidade de controlar a atividade administrativa toda vez que dela decorrer lesão ou ameaça a direito, mas, todavia, alberga igualmente o corolário da divisão dos poderes, impedindo que o Judiciário faça as vezes da Administração Pública.

A situação torna-se mais complexa nas ocorrências em que o direito ameaçado ou lesado é de natureza social, exigindo do Estado uma prestação positiva. Nessas situações, como pode o Judiciário garantir a integridade do direito sem pôr em risco a separação dos poderes?

Pretendendo garantir a prestação dos direitos constitucionalmente previstos, tem-se verificado uma preocupação obstinada do direito processual constitucional em defender a possibilidade de controle judicial da atividade administrativa, inclusive no que tange a conteúdos tipicamente reconhecidos como pertencentes ao âmbito de discricionariedade do administrador.

Por certo, conforme uma perspectiva neoconstitucional, o direito processual civil tem se preocupado em garantir a efetividade dos direitos constitucionais, inclusive os de caráter social, permitindo, se não exigindo, em algumas situações, o controle jurisdicional da atividade administrativa.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni,

(...) a jurisdição fomenta a participação para a proteção dos direitos fundamentais e para o controle das decisões tomadas pelo Poder Público. Mas não é certo concluir que a jurisdição **apenas colabora** para a participação, pois ela “decide”, vale dizer, **exerce o seu poder ao decidir** sobre os direitos transindividuais e sobre a lisura na gestão do bem público. De modo que as ações processuais que garantem a participação, seja na proteção dos direitos fundamentais, seja no controle das decisões públicas, conferem um *plus* à função jurisdicional. E não apenas porque o juiz deixa de tutelar exclusivamente os direitos individuais e passa a proteger os direitos transindividuais e o patrimônio público, mas sobretudo porque a jurisdição toma o seu lugar para a efetivação da democracia, que necessita de técnicas de participação “direta” para poder construir uma sociedade mais justa.<sup>319</sup> (destaques no original)

<sup>319</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 115.



Nota-se, pela passagem transcrita, que o direito processual civil tem justificado uma atuação cada vez mais abrangente do Judiciário, a fim de que este poder controle a atuação da Administração Pública para garantir a tutela de direitos transindividuais, do patrimônio público e da própria democracia.<sup>320</sup>

Esse apelo da doutrina tem encontrado aplicação nos Tribunais pátrios, que têm muitas vezes decidido ações judiciais determinando que a Administração Pública tome determinadas providências eminentemente ligadas à gestão pública.

Sobre o assunto, por exemplo, pode-se citar a decisão proferida em 17 de março de 2010 no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47/PE, proferida pelo Supremo Tribunal Federal e relatada pelo Ministro Gilmar Mendes.<sup>321</sup>

Nessa decisão, restou consignado que

A decisão em apreço convocou os entes da federação a cumprir as obrigações que lhes são constitucionalmente determinadas, diante da constatação de deficiências concretas na prestação dos serviços por uma unidade de saúde específica, entre as quais cito: ausência de médicos de plantão na UTI; falta de medicamentos, materiais e estruturas para exames básicos para realização de uma intervenção cirúrgica, deficiência no atendimento das especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia; e número insuficiente de leitos.

A decisão reconhece que o Poder Judiciário não só *pode* como *deve* controlar a atuação administrativa quando ela deixa de cumprir com obrigações constantes na Constituição Federal, ainda que o cumprimento de tais obrigações modifique o modo de atuação da Administração.

No mesmo sentido, a decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 563.144/DF, em 19 de março de 2013, indica que, em

<sup>320</sup> Conta-nos Marco Maselli Gouvêa que foi nos Estados Unidos da América, durante a década do século XX, que apareceram as primeiras decisões judiciais voltadas à implementação de direitos prestacionais. Segundo o autor, isso é explicado por “uma complexa convergência de fatores, alguns propriamente jurídicos – que incluem o amadurecimento da tutela coletiva (*class actions*) e mandamental (*injunctions*), além do estado avançado da reflexão jurídica naquele país – e outros de índole sócio-econômica. Além da notório pujança dos Estados Unidos, deve-se ter em mente que foi precisamente na década de sessenta que despontaram movimentos sócio-culturais de valorização das mulheres, negros, jovens e homossexuais, evidenciando uma preocupação solidarística que se mostrou fundamental para a reversão da mentalidade dos tribunais norte-americanos, originariamente avessa à implementação coercitiva dos direitos sociais”. Nesse contexto, aparecem decisões judiciais responsáveis por alterar o perfil de atendimento dos hospitais psiquiátricos públicos, as situações de segregação racial escolar e as situações das prisões daquele país. Para maiores detalhes, ver GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 313-317.

<sup>321</sup> Decisão disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SL%24%2ESCLA%2E+E+47%2ENUM%2E%29+OU+%28SL%2EACMS%2E+ADJ2+47%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a2qar6q>>. Acesso em: 23 mai. 2015.

situações excepcionais, o Poder Judiciário “pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.”<sup>322</sup>

Não se pretende mostrar com tais decisões que o Judiciário interfere na atividade administrativa de maneira excessiva ou para além das suas atribuições e competências, mas apenas que é inegável que esse Poder controla efetivamente a gestão da coisa pública realizada pelo Executivo.

Nessa lógica, ainda, o direito processual civil tem proposto alternativas para que decisões tipicamente sobre a gestão da coisa pública possam ser revistas no Judiciário, como é, por exemplo, o caso das chamadas sentenças estruturantes.

Segundo Sergio Cruz Arenhart, medidas estruturais “são forma de decisão judicial em que é necessária alguma alteração institucional.” Tais decisões “se protraem no tempo, implicando vários atos judiciais em sequência e uma grande intervenção na estrutura de entes públicos e privados.”<sup>323</sup>

Considerando a necessidade de controlar a atividade administrativa para que realmente se garantam direitos constitucionalmente previstos, as medidas estruturantes aparecem para o Judiciário como instrumento poderosíssimo para que atividades complexas possam ser revistas, ainda que isso demande maior tempo e acompanhamento concomitante.

Apenas para citarmos dois exemplos na prática brasileira de sentenças estruturais, podemos indicar a ação civil pública nº 5019363-91.2014.404.7001/JFPR, da 4.<sup>a</sup> Vara Federal de Londrina, e a ação civil pública n.º 08/2002, da 1<sup>a</sup> Vara do Trabalho de Curitiba.

Na ação civil pública londrinense, ajuizada em 2014, o Ministério Público Federal defendeu que o problema da superlotação de presos em Delegacia de Polícia Federal fosse tratado de maneira estrutural, pugnando pela elaboração de um plano para desativação de custódia na unidade e para aumento real de vagas para presos federais na região, eliminando-se, assim, gradualmente o problema.

<sup>322</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=-%28563144%2E+OU+563144%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lqlfn2>>. Acesso em: 23 mai. 2015.

<sup>323</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: <[http://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](http://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro)>. Acesso em: 01 jun 2015.

O problema da superlotação de delegacias é, efetivamente, um problema estrutural da Administração Pública, pois a sua solução não pode ser construída de maneira simplista, dada a impossibilidade de se realizar abruptamente o fechamento das unidades policiais e dada a necessidade de se melhorarem as condições dos presos recolhidos às delegacias.

A gestão do sistema prisional, de outro modo, é uma questão tipicamente administrativa, de modo que se impõe reconhecer que sentença que pretende resolver os problemas desse tipo de gestão de maneira gradual atuará diretamente no âmago da atividade administrativa.

A ação civil pública de Curitiba, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, pretendia a extinção dos contratos de trabalho do pessoal terceirizado do Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná. À ilegalidade de tais contratos, sustentada pela Procuradoria do Trabalho, opunha-se o fato de que a sua rescisão imediata levaria à paralisação das atividades do hospital, em virtude da ausência de profissionais suficientes para realizar os atendimentos médicos. A solução adotada, contudo, de natureza estruturante, estipulou um prazo para que os terceirizados fossem substituídos por servidores públicos, de modo que a ilegalidade pudesse ser extinta sem que a prestação de atendimento à comunidade fosse atingida.

Também a contratação de pessoal para a prestação de serviços públicos é atividade tipicamente administrativa. Não se pode negar, portanto, que a sentença proferida pela Justiça do Trabalho atingiu substancialmente a forma de gestão administrativa praticada pelo Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná até então.

A partir desses exemplos trazidos de decisões judiciais, resta incontestável que o controle que o Poder Judiciário faz da atividade administrativa adentra muitas vezes no âmbito de discricionariedade do administrador, *determinando* que ele realize alguma ação que a princípio era apenas uma ação *possível* de ser adotada.

Especificamente quanto às decisões estruturais, já se indicou que

a preocupação não está centrada em dar razão a uma das partes, até porque todos os diferentes atores envolvidos podem “ter razão”, mas em **chegar a “pautas regulatórias” em situações de imbricação complexa**

**de interesses, procurando modificá-las, afastando-se, assim, do caráter meramente declaratório.**<sup>324</sup> (destaque nosso)

Depreende-se disso que o direito processual civil tem se repensado para oferecer instrumentos para o Poder Judiciário passar a poder emitir decisões de caráter mandamental, a fim de alterar situações fáticas que envolvam um complexo de interesses. Desse modo, a atuação ou a omissão administrativa representam um campo bastante profícuo para a aplicação dessa categoria de instrumento.

Apesar de essa preocupação ser apropriada e relevante, pois consiste também numa forma de garantir a efetividade de direitos que dependem de atuação administrativa para serem concretizados, a criação e o desenvolvimento de instrumentos como as decisões estruturantes, para fins de estudo do Direito Administrativo, revelam como o controle da atividade administrativa está defasado com relação ao que se espera dele.

O controle de discricionariedade da atividade administrativa sempre recebeu atenção por parte dos jusadministrativistas, mas o fato de haver a necessidade de criação de mecanismos de controle da gestão pública mais efetivos para uso do Judiciário sem que isso tenha repercutido no Direito Administrativo revela que o controle da atividade administrativa tem deixado de atuar em áreas da Administração Pública que são consideradas de caráter essencial pela própria Constituição Federal.

A inércia do Direito Administrativo criou um problema – a incapacidade da Administração Pública em garantir a entrega de direitos previstos constitucionalmente – que o direito processual civil tem se esforçado em tentar resolver – como, por exemplo, através da teorização das decisões estruturantes. Com efeito, como o controle da atividade administrativa, estudado dentro do Direito Administrativo, ainda não incorporou que é sua função garantir a efetiva entrega dos direitos assegurados constitucionalmente, o direito processual civil tem de criar mecanismos para resolver a situação, dada a centralidade da Constituição dentro do ordenamento jurídico.

---

<sup>324</sup> FERRARO, Marcela Ferreira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Curitiba: UFPR, 2015. 213 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. f. 57.

Para isso, contudo, o direito processual civil é obrigado a se reinventar e a questionar vários de seus elementos que não são compatíveis com essa espécie de controle mais abrangente da atividade administrativa.

Logo, por exemplo, questiona-se se o Poder Judiciário teria estrutura e pessoal adequados para realizar esse tipo de controle; se as decisões judiciais, prolatadas diante apenas de parte do problema existente (a parte escolhida para ser discutida na ação), não gerariam violações à isonomia; se as decisões judiciais, tendo que lidar com a técnica probatória, seriam aptas a regular situações prospectivas; se a necessidade de acompanhamento contínuo da execução dessas decisões não poderia acabar por macular a imparcialidade do juiz; se a deficiência no ensino jurídico não prejudicaria a análise de questões estruturais, etc.<sup>325</sup>

Obviamente, se o direito processual civil for capaz de se reestruturar para atender a essa espécie de controle da atividade administrativa, os problemas apontados poderão ser superados.

Mas o que se pretende é justamente questionar a razão pela qual o Judiciário tem sido levado a decidir esse tipo de questão, já que, como observamos, são várias as formas de controle que incidem sobre a atividade administrativa e são vários os sujeitos capazes de exercê-lo.

Nessa perspectiva, essa reorganização que o direito processual civil tem sido levado a realizar demonstra que outros meios de controle, mais afetos à fiscalização da discricionariedade administrativa, e aqui, obviamente estamos nos referindo aos Tribunais de Contas, têm falhado em sua missão, obrigando o Judiciário, que, constitucionalmente, está proibido de se negar a prestar jurisdição, assuma tarefas que poderiam ser mais bem conduzidas por outras instâncias de controle.

---

<sup>325</sup> *Ibidem*, f. 66-67.

#### 4.4.3.2 Poder Judiciário e Tribunais de Contas: um comparativo sobre as aptidões para o controle das atividades discricionárias da Administração

Demonstramos nos tópicos anteriores deste capítulo em que medida os Tribunais de Contas foram erigidos pela Constituição Federal como controlador principal da atividade administrativa.

Ocorre que, como verificamos, o Poder Judiciário tem sido chamado muitas vezes a julgar a Administração Pública e, para isso, a adentrar nos aspectos discricionários da administração, de maneira que o direito processual civil tem se esforçado para dar conta dessa nova classe de demanda.

Isso não demonstra que o Judiciário é, teoricamente, a instância destinada a essa espécie de controle, mas apenas que a instância constitucionalmente incumbida de realizar tal tipo de fiscalização não está desempenhando seu papel a contento.

Com essas considerações não se pretende apontar o Judiciário de estar realizando tarefas que não lhe cabem. Exatamente ao contrário disso, almeja-se demonstrar a importância que a atividade de controle da Administração Pública adquiriu, de modo que várias instâncias têm sido chamadas a realizá-la.

Contudo, o Judiciário tem o dever de controlar a Administração Pública em virtude do contido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, ou seja, em virtude da sua obrigação constitucional genérica de apreciar lesão ou ameaça a direito.

Já a Constituição Federal desenhou os Tribunais de Contas como órgãos cuja atividade primeira é controlar a Administração Pública, de forma que o controle da discricionariedade da atividade administrativa está a cargo inicial e principalmente desses órgãos.

Isso posto, se há questionamentos quanto à capacidade estrutural e de pessoal do Judiciário para realizar controle dessa natureza, não se pode ignorar que os Tribunais de Contas são estruturados organizacionalmente para isso, contando em seus quadros normalmente, no mínimo, com contadores, advogados, engenheiros e economistas, cujo trabalho é empregado primordialmente no controle da atividade administrativa – e não apenas de forma *ad hoc*, como pode acontecer com o Judiciário.

Por outro lado, a atuação dos Tribunais de Contas não pode ser acusada de gerar violações à isonomia entre os cidadãos submetidos aos mesmos problemas, como sói ocorrer com as decisões judiciais, pois a competência para realização de auditorias operacionais atribui às Cortes de Contas capacidade para lidar com a atividade administrativa como um todo, de forma global, considerando a localização de cada atividade dentro da estrutura da Administração. Destarte, enquanto o Judiciário é obrigado a tratar a questão ou o problema apenas dentro do que lhe é apresentado na lide, os Tribunais de Contas podem ir além e investigar todo o âmbito e a forma de atuação da Administração, para garantir a solução da questão para todos e não apenas para os sujeitos do processo.

Ainda, se o Judiciário está acostumado a trabalhar de acordo com a técnica probatória, tendo que se adaptar para regular casos prospectivos, os Tribunais de Contas, através das auditorias operacionais e para além dos processos de sua competência (em que a técnica probatória também é observada), podem observar de perto a atividade administrativa, prescrever soluções para os seus problemas e acompanhar o seu cumprimento, pois que não estão limitados a trabalhar dentro de um ritual puramente processualístico e jurisdicional (inclusive mediante termo de ajustamento de conduta, se houver lei autorizadora).

Ainda, se esse acompanhamento contínuo pode acabar por macular a imparcialidade do juiz, isso não ocorrerá com tanta probabilidade nos Tribunais de Contas, cujos trabalhos de auditoria são conduzidos por equipes multidisciplinares e cujos resultados não terminam em sentenças, mas em relatórios de acompanhamento que não têm pretensão de serem nem definitivos nem condenatórios.

Finalmente, como os Tribunais de Contas contam com profissionais de várias áreas ligadas às atividades administrativas, não há de se falar em deficiência na avaliação das questões estruturais, crítica que deve ser rebatida pelo Judiciário, pois a composição complexa desses órgãos é capaz de gerar entendimentos muito mais atentos à realidade dos órgãos e entidades controlados do que os julgamentos produzidos pelos magistrados, formados geralmente apenas dentro da lógica jurídica.

O trabalho de controle substancial da atividade administrativa que deveria estar sendo desenvolvido pelos Tribunais de Contas, de acordo com aquilo que prevê a Constituição Federal, muitas vezes acaba tendo de ser desenvolvido pelo

Judiciário, em virtude de as Cortes de Contas ainda não terem se despertado para o fato de que, a partir de 1988, a sua função dentro do ordenamento foi ampliada radicalmente. Isso acaba gerando algumas lacunas no controle, pois o Judiciário em geral atua no controle posterior, realizando-o a pedido da parte, enquanto os Tribunais de Contas possuem mais afinidade com o controle prévio ou concomitante, iniciado de ofício ou de acordo com previsão legal.

Ademais, como vimos nos itens precedentes, a Constituição Federal limitou a competência para a realização de controle de legitimidade apenas aos Tribunais de Contas, não tendo garantido ao Judiciário controle da atuação política da Administração. Dissertando especificamente acerca do controle realizado pelos tribunais judiciais, Afonso Queiró afirma:

O legislador não pretende ver invalidadas as apreciações da Administração que, porventura, os tribunais tivessem por menos adequadas. Quando lhe concede uma certa margem de poder discricionário, reconhece que só a Administração, com o seu sentido das responsabilidades, com a sua experiência acumulada, está em condições de determinar a solução mais afeiçoada às particularidades de cada caso. Confia-se ao seu bom arbítrio, considerando de pouca probabilidade e, em todo o caso, de pouca importância, a ocorrência de erros de apreciação. O legislador não se importa com os meros erros de apreciação dos agentes públicos acerca da maior ou menor oportunidade ou da maior ou menor conveniência das medidas a adoptar. O legislador, em semelhantes hipóteses, tem os agentes por normalmente avisados, competentes (no sentido corrente da palavra), cuidadosos e conhecedores do seu ofício, por “bons administradores”, em suma.<sup>326</sup>

Em realidade, com a consolidação da possibilidade de realização de inspeções e auditorias, a lógica de trabalho dos Tribunais de Contas deveria ter se alterado completamente, visto que a fiscalização deixou de ser um controle global de todas as despesas para ser seletiva.

Consoante Bruno Wilhelm Speck, essa alteração legal modificou profundamente o formato de atuação da instituição. Contudo, “a mudança seria absorvida lentamente pela cultura administrativa do Tribunal [de Contas da União]. Segundo alguns autores, até hoje o Tribunal de Contas não se livrou ainda da cultura do registro prévio.”<sup>327</sup>

<sup>326</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1948. p. 279.

<sup>327</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. *Op. cit.*, p. 69.



Nesse sentido, Speck afirma que os Tribunais de Contas podem ser concebidos de duas maneiras distintas, de acordo com a ênfase que se pretenda dar à sua atuação: eminentemente liberal ou eminentemente gerencial.

A forma liberal de controle está preocupada principalmente com o excesso de poder do Executivo, de forma que o critério principal de fiscalização é o da legalidade e a sua orientação principal, a responsabilização posterior do agente. Já o modo gerencial de controle nasceu dentro do próprio Executivo e tem por preocupação principal a boa gestão dos recursos públicos. Nessa perspectiva, serve principalmente para a correção de falhas, atuando de forma prévia ou concomitante.<sup>328</sup>

Ora, a própria Constituição Federal adota as duas vertentes do controle, razão pela qual os Tribunais de Contas não podem se limitar a controlar a Administração apenas de acordo com o viés liberal. Ademais, tendo sido colocadas à disposição desses órgãos todas as ferramentas necessárias para o controle gerencial, é sobre esses órgãos que deve recair a maior responsabilidade pelo controle da discricionariedade administrativa. É o que também entende Gualazzi:

(...) com efeito, o Tribunal de Contas necessita ultrapassar, por completo, sua posição de órgão *passivo*, recipiendário de atos relações jurídico-administrativas, já **pretéritos** e **consumados** (os “cadáveres administrativos”), para reconfigurar-se como **órgão ativo, interventivo, participativo, intromissivo, de direção e verificação prévia sobre o conjunto de receitas e dispêndios do Estado-Administração Pública**; possibilidade de exercer o “controle-impulso”.<sup>329</sup> (destaques no original)

Sendo assim, os Tribunais de Contas devem incorporar os preceitos de controle erigidos pela própria Constituição, passando a cumprir a sua atividade-fim de controle nos termos do neoconstitucionalismo e honrando os instrumentos de fiscalização colocados à sua disposição pela Carta Magna. Apenas desse modo poderão legitimar-se perante a sociedade, tão carente de tipos de controle que só essas Cortes podem oferecer.

<sup>328</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. *Op. cit.*, p. 31-305, 206-207.

<sup>329</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Op. cit.*, p. 221.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de transcorrido todo o percurso desta dissertação, pensamos ter conseguido justificar a necessidade de revisar a atividade de controle da atividade administrativa, indicando quais são os caminhos possíveis, em observância ao neoconstitucionalismo.

Efetivamente, se se admite a supremacia da Constituição Federal, não há como se desconsiderar o efeito da sua máxima efetividade, de modo que todo o sistema jurídico, incluída, obviamente, a atividade de controle, deve estar atento para a força normativa constitucional.

Para o Direito Administrativo, isso significa compreender que as atividades administrativas não têm uma ligação natural, inerente e indissolúvel com a garantia dos direitos, dado que esse vínculo é fruto de uma construção histórica que, para ser mantida, precisa estar atenta sempre à necessidade permanente de legitimação e de relegitimação.

Dessa maneira, revisando as origens do Direito Administrativo através das contribuições da história do direito e de Michel Foucault, reinterpretemos a discussão sobre se as origens do Direito Administrativo seriam autoritárias ou garantistas, indicando que, no momento da formação dessa área do direito, o biopoder emprestou-lhe características autoritárias.

Do autoritarismo das origens do Direito Administrativo, contudo, não decorre necessariamente a ausência de direitos, vez que, conforme justificamos, autoritarismo e garantismo não são antônimos, pois os binômios parecem ser mais bem definidos nos termos “direito autoritário/democrático” e “direito garantista/de exceção”.

Demonstrada a sua natureza autoritária, por outro ângulo, o Direito Administrativo não foi construído sob fundamentos por si só garantistas, vez que a preocupação principal de seus teóricos iniciais era a de desconstruir um determinado tipo de sociedade, o que era ainda mais evidente no Brasil, cujo momento inicial de formação da área jurídica se deu durante o período imperial, quando o próprio Estado estava sendo montado.

Com efeito, a ligação entre democracia e constitucionalismo, que hoje parece natural e necessária e por isso nos faz pensar que autoritarismo e garantismo são

antônimos, só foi forjada após a Segunda Guerra Mundial, conforme vimos das lições de Pietro Costa.

De fato, a experiência revolucionária jacobina demonstrou que a natureza absoluta do poder do povo e dos direitos fundamentais implicava uma tensão entre ambos, além de ter evidenciado que a tirania da maioria poderia trazer sérios riscos às minorias. O garantismo desse período, então, era limitado de acordo com as características do indivíduo.

Assim, a ligação entre democracia e garantia de direitos precisa ser constantemente reafirmada, em cada uma das atividades estatais.

Entretanto, se, no momento da sua formação, o Direito Administrativo obteve a sua necessária legitimidade ao prometer direitos de natureza liberal, com a transformação do Estado essa justificativa não é mais suficiente, o que acarreta uma crise de legitimidade não só para o Direito Administrativo, mas também para a própria atividade estatal.

A insuficiência do Direito Administrativo fica evidente quando pensamos nas crises pelas quais os seus fundamentos teóricos mais caros estão passando, como o princípio da legalidade e da separação dos poderes.

De fato, se, para cada modelo Estado deve ser construído um Direito Administrativo correspondente, a superação da forma predominantemente liberal deve corresponder a uma transformação dos fundamentos do direito, para que ele possa continuar sendo capaz de solucionar os conflitos que lhe são postos, garantindo assim a legitimidade das próprias instituições e ações estatais.

Entretanto, o Direito Administrativo ainda não logrou êxito em se reorganizar para sustentar o Estado Democrático Social, o que tem ocasionado vários problemas quanto à possibilidade de entrega de serviços públicos de qualidade, por exemplo, ou quanto ao controle efetivo das atividades administrativas.

A força normativa da Constituição, a supremacia, a unidade e a efetividade constitucionais demonstram a indubitável superação do Estado estritamente legal pelo Estado constitucional. Assim, neste momento histórico, a atividade administrativa só pode ser considerada legítima se fundamentada de acordo com o neoconstitucionalismo.

Essa expressão, concebida e discutida pelos constitucionalistas, pode ser apreendida no Direito Administrativo enquanto direito à boa administração pública, nas suas dimensões subjetiva e objetiva, como mostramos, pois, se o Direito

Administrativo é a maneira pela qual a Constituição se materializa, num sistema em que se reconhece a superioridade da Constituição, a sua materialização só pode estar completamente de acordo com o Texto Fundamental.

Nesse sentido, o direito à boa administração pública é erigido a direito fundamental que, contemplando princípios como a imparcialidade, igualdade, contraditório, ampla defesa, transparência, motivação das decisões e responsabilidade do Estado, representa o reconhecimento de que a boa administração pública perpassa primordialmente sobre a garantia dos direitos das pessoas e não meramente sobre a operacionalização do aparato administrativo.

Em outros termos, o Direito Administrativo deixa de ter como papel central a regulamentação das relações com o Estado para passar a estar intrinsecamente comprometido com a garantia dos direitos dos indivíduos.

O controle da atividade administrativa, área específica do Direito Administrativo, não pode restar alheio a essas transformações. De fato, o controle que resiste a essa necessidade de refundamentação só pode ser considerado arcaico, inefetivo, dispendioso e inútil, por representar uma atividade que não encontra amparo constitucional nem social.

Nesse contexto, surgem os Tribunais de Contas como atores protagonistas da atividade de controle entendida em termos neoconstitucionais, dada a sua competência para fiscalizar a atividade administrativa operacionalmente e para garantir a juridicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia, a efetividade e a economia dos gastos públicos, e, portanto, garantir que a Administração esteja voltada verdadeiramente para a satisfação dos direitos garantidos pela Constituição.

As Cortes de Contas precisam aceitar e compreender esse papel, utilizando-se da sua competência para um controle aprofundado da discricionariedade administrativa e das políticas públicas, que são os meios pelos quais os administradores podem empreender a prestação de serviços e de atividades que representam a garantia de direitos.

O próprio controle da discricionariedade deixa de ser, então, uma hipótese a ser debatida para ser uma verdadeira imposição constitucional, de modo que vários temas caros à discricionariedade, como a teoria da univocidade e da multivalência, também acabam tendo de ser repensados sob esse novo viés.

O controle principiológico representa uma grande restrição do âmbito de discricionariedade do administrador e os princípios passam a constituir igualmente

critérios de controle. Ainda que o controle principiológico não represente controle de mérito, dado o seu caráter jurídico anterior ao controle político, a Constituição Federal de 1988 passa a possibilitar inclusive controle de mérito, ao reconhecer a competência das Cortes de Contas para controlar a legitimidade da atividade administrativa.

Tal controle dos Tribunais de Contas, aliado à potencial coercibilidade da sua atuação, à composição mista dos técnicos dos seus quadros e à possibilidade de extração e de cruzamento de informações, representa uma grande capacidade de reorientação da atividade administrativa. Desse modo, quando a Constituição é efetivamente colocada como norte dessa nova espécie de controle, a Administração Pública adquire novos meios para melhorar substancialmente a sua atuação, servindo à relegitimação do poder público em virtude da entrega efetiva e qualitativa dos serviços e direitos prometidos constitucionalmente.

Por outro lado, a insuficiência da atuação dos Tribunais de Contas tem gerado implicações para outros ramos do direito, que, obrigados a assumir o papel principal na garantia de direitos prestacionais, veem-se compelidos a criar novos institutos que abriguem esses tipos de pretensões. Assim, por exemplo, o direito processual civil tem se esforçado em criar mecanismos que, a exemplo das sentenças estruturantes, sejam capazes de albergar essas situações, ainda que elas não encontrem no Poder Judiciário o melhor órgão de controle para o seu enfrentamento.

Deveras, situações em que o direito prestacional é mais bem atendido quando vislumbrado pela sua faceta objetiva não encontram guarida excelente nas pretensões jurisdicionais, em virtude do seu caráter geral e impessoal. Portanto, as Cortes de Contas precisam, de acordo com a própria imposição constitucional, adotar um papel ativo na construção da força normativa da Constituição, reconhecendo que, ao lado do controle interno, o Texto Maior lhes concedeu o papel principal no controle da atividade administrativa.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo, 2013. 439 p. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Administrativo) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo.

ARAÚJO, Marcos Valério. Tribunal de Contas: O controle do governo democrático – Histórico e Perspectivas. In: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. *Concurso Nacional de Monografias – Prêmio Governador Moisés Lupion*: Tribunal de Contas: o controle do governo democrático. Curitiba: TCE, 1993. p. 1-69.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: <[http://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](http://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro)>. Acesso em: 01 jun. 2015.

ATALIBA, Geraldo; FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FRANCO, Antonio de Sousa; BEREIJO, Álvaro Rodrigues. Ministério Público partícipe do Tribunal de Contas e controle substancial ou de mérito. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 99, p. 167-187, jul./set. 1991.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, nov./2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo I. 5. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955.

BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 145-204.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. Desenvolvimento e sustentabilidade como fatores delimitadores da discricionariedade do Estado nos atos administrativos que repercutem sobre a atividade econômica. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7581](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7581)>. Acesso em: 01 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade Administrativa*. 1990. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v.2. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional da democracia participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência, Por uma Nova Hermenêutica, Por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea*. 2006. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos. *Administração Pública – Direito Administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 97-109.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C, 1857.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 43-77.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Discricionariedade: Análise do seu Delineamento Jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-42.

CENSIO, Jorge Silva. El control de la administración. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 39/40, p. 5-19, jul./dez. 1976.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Presidencialismo de coalizão e administração pública*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163366,41046-Presidencialismo+de+coalizacao+e+administracao+publica>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

COSTA, Pietro. A soberania na cultura político-jurídica medieval: imagens e teorias. In: \_\_\_\_\_. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 105-130.

\_\_\_\_\_. Democracia Política e Estado Constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 235-268.

\_\_\_\_\_. História do Direito: Imagens Comparadas. In: \_\_\_\_\_. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de História do Pensamento Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 17-41.

\_\_\_\_\_. *Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Editora UFPR, 2012.



DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1983.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. v. I e II. Buenos Aires: Depalma, 1990.

FALLA, Fernando G. *Las transformaciones del Régimen Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

FÉDER, João. O Tribunal de Contas e a auditoria operacional. In: \_\_\_\_\_. *O Estado e a sobrevida da corrupção*. Curitiba: Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 1994. p. 1-23.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRARO, Marcela Ferreira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Curitiba: UFPR, 2015. 213 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 44, p. 61-76, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. ref. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica

da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201.

GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*. Traduzido por M. Baena del Alcázar e J. M. García Madaria. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1980.

GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Parte General. Tomo 2. Buenos Aires: Córdoba 2015, 1980.

GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da Discricionariedade Administrativa na Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 309-386.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: RT, 1992.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. *Gênese do Direito Administrativo brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do Direito Administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. Curitiba: UFPR, 2011. 224 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Trad. de José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 49-73.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

HESPANHA, António Manuel. *As vésperas do Leviathan: Instituições e poder político em Portugal – séc. VII*. Coimbra: Almedina, 1994.

\_\_\_\_\_. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. *Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português*. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

\_\_\_\_\_. Os juristas como couteiros: a ordem na Europa ocidental dos inícios da Idade Moderna. In: \_\_\_\_\_. *A política perdida: Ordem e Governo antes da Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 239-264.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

HESSE, Conrado. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA et. al. In: *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 83-115.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INTOSAI. *ISSAI 3000 – Normas y directrices para la auditoría del rendimiento basadas en las Normas de Auditoría y la experiencia práctica de la INTOSAI*. Disponível em: <[http://es.issai.org/media/14561/issai\\_3000s.pdf](http://es.issai.org/media/14561/issai_3000s.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

JUST, Gustavo. A “crise” do princípio da legalidade do ponto de vista da teoria da interpretação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 30-44.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*: versão condensada pelo próprio autor. 5ª ed. rev. Traduzido por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

LYRA FILHO, João. *Controle das finanças públicas*. Rio de Janeiro: Gráfica Editora Livro, 1966.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Trad. de H.H. Heredia e E. Krotoschin. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: RT, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.

MURCH, Beatrice. *Confiança em instituições e pessoas é maior na Argentina do que no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Confianca-em-instituicoes-e-pessoas-e-maior-na-Argentina-do-que-no-Brasil-.aspx>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NÓBREGA, Marcos. Controle do Gasto Público pelos Tribunais de Contas e o Princípio da Legalidade: Uma Visão Crítica. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out., nov. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

OSÓRIO, D. Jerónimo. *Da ensinança e da educação do rei*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.

\_\_\_\_\_. Tradução, introdução e anotações de A. Guimarães Pinto. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1997.

PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira. O controle de mérito. In: *Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil*, 15., 1989, São Paulo. Os Tribunais de Contas e as novas normas constitucionais, v. 2, São Paulo, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 1989. p. 85-98.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1948.

REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Império*. 2. ed. Recife: Tipografia Comercial de Geraldo Henrique de Mira & C, 1860. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/46503>>. Acesso em: 03 fev. 2015.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Pinto & C., Livreiros Editores, 1866.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARLET, Ingo Wolf. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179/180, p. 51-67, jan./jun. 1990.

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *A história do Tribunal de Contas da União: Prêmio Serzedello Corrêa – 1998 – Monografias vencedoras*. Brasília: TCU, 1999. p. 19-141.

SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União de ontem e de hoje. In: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *A história do Tribunal de Contas da União: Prêmio Serzedello Corrêa – 1998 – Monografias vencedoras*. Brasília: TCU, 1999. p. 145-215.

SOUZA, André Peixoto de. *Direito público e modernização jurídica: Elementos para a compreensão da formação da cultura jurídica brasileira no século XIX*. Curitiba: UFPR, 2010. 196 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: O papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito global. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 2, mai. 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31987-37499-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

TOURINHO, Rita. A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 91-160.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Manual de auditoria operacional*. 3. ed. Brasília: TCU, 2010. Disponível em:

<<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058980.PDF>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [s.l.], 2000/C 364, p. C 364/1-C 364/22, 18 dez. 2000. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 19 jul. 2015.

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1977.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito Fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*. Porto: Universidade Católica Lusitana, 1992.

VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Traducción de la 6ª edición francesa por Juan Rincon Jurado. Madrid: Aguilar, 1980.

VEIGA CABRAL, P. G. T. *Direito Administrativo brasileiro: compreende os projectos de reforma das administrações provinciaes e municipaes e as instituições que o progresso da civilização reclama*. Rio de Janeiro: Tipographia Universal de Laemmert, 1859.

VERDÚ, Pablo Lucas; CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. *Manual de Derecho Político*. v. I. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Traduzido por Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 7. ed. Traduzido por Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2007.